المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بن بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة

جامعة بيروت الإسلامية

المجلد السادس

المحتوى:

الصيد - الذبائح - الأضحية - الشركة - المضاربة - المزارعة -

الشرب - الأشربة - الشفعة - القسمة - الإجارات

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

DKi

بيروت - لبنان

دار الكتب العلمية
DKI
DAR AL-KOTOB AL-ILMIYAH

دار الكتب العلمية
DKI
DAR AL-KOTOB AL-ILMIYAH
DKI

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة

الجزء السادس

المحتوى:

الصيد - الذبائح - الأضحية - الشركة - المضاربة - المزارعة - الشرب - الأشربة - الشفعة - القسمة - الإجارات

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي
(ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتـب العلمـيـة - بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts)	5568	عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon	بلد الطباعة لبنـان
Edition	1st	الطبعة الأولى

http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon No Part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system,or to post it on Internet in any form without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, ou téléchargement sur Internet de quelque mamière que se soit faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لـدار الـكـتـب العلـمـيـة بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية أو تحميله على صفحات الإنترنت بأي شكل من الأشكال إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-8337-8

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد[1]

يحتاج إلى معرفة: إباحة الاصطياد، وتفسيره، وركنه، وشرط إباحته، وحكمه شريعة.

أمّا إباحته: فاصطياد صيد البحر مباح لكافة الناس، وصيد البر مباح لغير المحرم على كل حال إلّا في الحرم، ولا يباح للمحرم بحال[2].

وأصله: قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] إلى أن قال ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢].

---

(١) الصَّيْدُ لُغَةً: مَصْدَرُ صَادَ يَصِيدُ، وَيُطْلَقُ عَلَى الْمَعْنَى الْمَصْدَرِيِّ، أَيْ فِعْلِ الاصْطِيَادِ، كَمَا يُطْلَقُ عَلَى الْمَصِيدِ، يُقَالُ: صَيْدُ الأَمِيرِ، وَصَيْدٌ كَثِيرٌ، وَيُرَادُ بِهِ الْمَصِيدُ، كَمَا يُقَالُ: هَذَا خَلْقُ اللَّـهِ أَيْ مَخْلُوقُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى.

وَالصَّيْدُ هُنَا بِمَعْنَى الْمَصِيدِ: يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥].

وَفِي الاصْطِلَاحِ: عَرَّفَهُ الْكَاسَانِيُّ عَلَى الإِطْلَاقِ الثَّانِي (أَيِ الْمَصِيدِ) بِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يَتَوَحَّشُ وَيَمْتَنِعُ، وَلَا يُمْكِنُ أَخْذُهُ إِلَّا بِحِيلَةٍ، إِمَّا لِطَيَرَانِهِ أَوْ لِعَدْوِهِ.

وَعَرَّفَهُ الْبُهُوتِيُّ بِالإِطْلَاقَيْنِ: (الْمَعْنَى الْمَصْدَرِيِّ وَالْمَصِيدِ) فَقَالَ: الصَّيْدُ بِالْمَعْنَى الْمَصْدَرِيِّ: اقْتِنَاصُ حَيَوَانٍ مُتَوَحِّشٍ طَبْعًا غَيْرَ مَمْلُوكٍ وَلَا مَقْدُورٍ عَلَيْهِ.

انظر: المصباح المنير، ولسان العرب، والقاموس، وانظر الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/٥، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣٥/٥.

(٢) انظر: ابن عابدين نقلا عن مجمع الفتاوى ٢٩٧/٥، والشرح الكبير للدردير ١٠٨/٢، ومطالب أولي النهى ٣٤٠/٦.

ولأن الاصطياد اكتساب مال مباح في الأصل كالاحتطاب والاحتشاش؛ لأنه [شبيه](١) لإقامة مصالحه وتمهيد معاشه وهي الأكل والانتفاع بأجزائه إن كان مأكولًا، والانتفاع والاسترقاق بجلده وشعره ونحوه إن لم يكن مأكولا(٢).

وأمّا تفسيره لغة: فأخذ الصيد إما بيده أو بآلة وهي الشبكة وغيرها، والصيد اسم لكل ممتنع متوحش متنفر لا يمكن أخذه إلا بحيلة.

وأما ركنه: فهو الأخذ؛ لأنه يقوم به.

وأما شرطه: فكون الصيد غير آمن بالإحرام والحرم، وغير مملوك ومحترم؛ لأنه متى كان آمنًا مملوكًا كان اصطياده حرامًا.

وأمّا حكمه: فصيرورة المأخوذ ملكًا له؛ لأن بالاصطياد اختص بالمأخوذ حسًّا فيختص به شرعًا لتحقيق مصالحه ودفع حوائجه، والملك ليس إلا اختصاص شرعي يترتب على الاختصاص الحسيّ(٣). [والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب](٤).

(باب صيد الجوارح المعلمة)

الاصطياد بالجوارح المعلمة مباح لقوله تعالى: ﴿قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤].

وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم: "**إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل**"(٥)، ولأنه اجتمع في الحيوانات الصائدة ما يوجب أن يكون آلة للذبح

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): سبب.

(٢) انظر: تنوير الأبصار بهامش ابن عابدين ٣٠٦/٥، نقلا عن الخانية، والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ١١/١١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥٠/٦.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٥) أخرجه «البخاري» ٤٦/١ (١٧٥) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة، عن ابن أبي السفر. وفي ٥٤/٣ (٢٠٥٤) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني عبد الله بن أبي السفر. =

=

وفي ٨٥/٧ (٥٤٧٥) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا زكريا. وفي ٨٦/٧ (٥٤٧٦) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٨٧/٧ (٥٤٨٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن بيان. وفي (٥٤٨٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا ثابت بن يزيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥٤٨٥) قال البخاري تعليقا: وقال عبد الأعلى، عن داود. وفي (٥٤٨٦) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٨٨/٧ (٥٤٨٧) قال: حدثني محمد، قال: أخبرني ابن فضيل، عن بيان. و«مسلم» ٥٦/٦ (٥٠١٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٥٠١٣) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٥٧/٦ (٥٠١٤) قال: وحدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا ابن علية، قال: وأخبرني شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي (٥٠١٥) قال: وحدثني أبو بكر بن نافع العبدي، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر، وعن ناس ذكر شعبة. وفي (٥٠١٦) قال: وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا زكريا. وفي (٥٠١٧) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا زكريا بن أبي زائدة، بهذا الإسناد. وفي (٥٠١٨) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ٥٨/٦ (٥٠١٩) قال: وحدثنا محمد بن الوليد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي (٥٠٢٠) قال: حدثني الوليد بن شجاع السكوني، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن عاصم. وفي (٥٠٢١) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرنا عاصم. و«ابن ماجه» (٣٢٠٨) قال: حدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قال: حدثنا بيان بن بشر. وفي (٣٢١٣) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن عاصم. وفي (٣٢١٤) قال: حدثنا عمرو بن عبد الله، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قالا: حدثنا زكريا بن أبي زائدة. و«أبو داود» (٢٨٤٨) قال: حدثنا هناد بن السري، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٢٨٤٩) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، عن عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٠) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٣) قال: حدثنا الحسين بن معاذ بن خليف، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا داود. وفي (٢٨٥٤) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. و«الترمذي» (١٤٦٩) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (١٤٧١) قال: حدثنا يوسف بن عيسى، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا زكريا. وفي (١٤٧١م) قال: حدثنا ابن أبي عمر،

=

وهو كونه جارحًا قاطعًا بطبعه غير عاقل بفطرته كالسكين، وما يمنع أن يكون آلة وهو كونه مختارًا في فعله كالآدمي، فالشرع شرط التعليم فيها ليترك بعد التعليم اختيار نفسه ويجري على موجب اختيار صاحبه فيعمل له لا لنفسه، فيصير آلة

=

قال: حدثنا سفيان، عن زكريا. و«النسائي» ١٧٩/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٦) عن سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله بن المبارك، عن عاصم. وفي ١٨٠/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٧) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله، عن زكريا. وفي ١٨٢/٧ و١٨٣ و١٩٢، وفي «الكبرى» (٤٧٦١ و٤٧٦٨ و٤٧٩٢) قال: أخبرني عمرو بن يحيى بن الحارث، قال: حدثنا أحمد بن أبي شعيب، قال: حدثنا موسى بن أعين، عن معمر، عن عاصم بن سليمان. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا زكريا، وهو ابن أبي زائدة. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٣) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، وهو ابن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٤) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٥) قال: أخبرنا سليمان بن عبيد الله بن عمرو الغيلاني البصري، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٦) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا أبو داود، عن شعبة، عن ابن أبي السفر، وعن الحكم، وعن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٧) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن هارون، قال: أنبأنا زكريا، وعاصم. وفي ١٩٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩١) قال: أخبرنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي ١٩٤/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٩) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠٠) قال: أخبرنا الحسين بن محمد الذارع، قال: حدثنا أبو محصن، قال: حدثنا حصين. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠١) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، وغيره، عن زكريا. و«ابن حبان» (٥٨٨٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا عباد بن عباد، قال: حدثنا عاصم.

تسعتهم: (عاصم، وزكريا، وبيان بن بشر، وسعيد بن مسروق، والحكم بن عتيبة، ومجالد، وعبد الله بن أبي السفر، وداود بن أبي هند، وحصين بن عبد الرحمن السلمي) عن عامر الشعبي، فذكره.

محضة لصاحبه كالسكين، ويجوز الاصطياد بكل ذي ناب أو مخلب معلم إذا لم يكن عينه محرم، فإنه لا يجوز الاصطياد بالخنزير؛ لأنه نجس العين محرم الانتفاع به فلا يصلح آلة للذكاة.

ورُوي عن أبي حنيفة في ابن العرس: إذا عُلِّم فتعلَّم جاز الاصطياد به.

وقالوا: لا يجوز الاصطياد بالأسد والذئب لأنهما لا يتعلمان؛ لأن التعلم إنما يكون بإمساك الصيد على صاحبه، ومن عادتها أنهما يمسكان صيدهما لنفسهما ولا يأكلانه للحال عادة، وإنما يستدل على العلم بترك الأكل لما نبين، ولو تصور التعلم فيما جاز.

ولو أخذ الجارح المعلم صيدًا وقتله جرحًا يحل، وإن قتله صدمًا أو حتمًا أو حتفًا لا جرحًا لم يحل في الرواية المشهورة مذكورة في الروايات.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول الشافعي: أنه يحل لقوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [المائدة: ٤] فقد علق الإباحة بالإمساك على صاحبه إلا بالجرح، فمن علق بالإمساك والجرح فقد زاد عليه.

والمراد من الجوارح الكواسب؛ لأنه مأخوذ من الاجتراح وهو الاكتساب، وهو تفسير أهل اللغة.

وجه ظاهر الرواية: أن يسيل الدم المسفوح مقصودًا بالذكاة، والدم لا ينسفح ولا ينسال إلا بالجرح، وأصل الجرح يمكن اعتباره؛ لأن الكلب جارح بطبعه فلا يحتاج فيه إلى التعلم.

وأمّا الآية فكما شرط الإمساك على صاحبه شرط الجرح أيضًا لقوله: ﴿وَمَا عَلَّمۡتُم مِّنَ ٱلۡجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] وهي التي تخرج مأخوذة من الجراحة وهي التفسير عند أهل اللغة.

وحدَّ تعليم ذي الناب أنه إذا أرسل تتبع الصيد، وإذا أخذه أمسكه على صاحبه ولا يأكل منه، وإن أكل منه لم يكن معلمًا خلافًا لمالك والشافعي.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى قيد الإباحة بالإمساك علينا، وإذا أكله فقد أمسكه

على نفسه دون صاحبه، وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم: "**إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل، وإن أكل منه لا تأكل**"؛ لأنه إنما أمسك على نفسه ولأن حقيقة العلم والجهل في هذه الحيوانات باطنة متمكنة فلا بد من أمارة ودلالة ظاهرة عليها، وتبدّل العادة الأصلية والطبيعة الغريزية دلالة على علمه، والجري على العادة الأصلية أمارة جهله وعادته الأصلية هي الأكل عند الظفر بالمأكول، فإذا بدل الأكل فقد بدل عادته الأصلية فتدل على علمه، وإذا أكل فقد جرى على عادته الأصلية فيدل على جهله.

وأما الإجابة فصاحبه داعيًا ومرسلًا فلا يدل على علمه؛ لأن الكلب ألوف في الأصل يجيب إذا دُعي ويصيد إذا [أرسل][(١)]، وتعليم ذي المخلب كالبازي والصقر بالاتباع إذا أرسل، وبالإجابة إذا دعي، لا يترك الأكل حتى لو أكل من الصيد يؤكل؛ لأن تبدل جميع عادته الأصلية بالإلف والإجابة وترك الأكل؛ لأنه وحش متنفر في الأصل إلا أن تعليمه بترك الأكل غير ممكن؛ لأنه لا يمكن تعليمه بترك الأكل إلا بالضرب حالة الأكل، وجثته لا تحتمل الضرب، فأمّا جثة الكلب تحتمل الضرب فأمكن تعليمه بترك الأكل، وفي الفهد أمكن اعتبار الكلِّ فاعتبر الكل شرطًا لصيرورته معلمًا.

ولو شرب من دم الصيد ولم يأكل منه فلا بأس بأكله؛ لأن هذا من غاية علمه وحذاقته حيث أكل ما لا يصلح للمرسل وأمسك عليه ما يصلح له.

ولم يوقت أبو حنيفة في التعليم شيئًا فقال: إذا كان عالمًا فكل بأن يقول أهل العلم إنه معلم.

وروى الحسن عنه أنه قال: لا يأكل أول ما يصيده ولا الثاني ويأكل من الثالث.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا ترك الأكل ثلاثًا صار معلمًا ولا يؤكل الثالث ويحل الرابع.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أسلى.

لهما: أن العلم لا يثبت بترك الأكل مرة لجواز أنه تركه للشبع أو خوفا من الضرب ويثبت بمرات فقدرنا بالثلاث لأنها أقل الجمع الصحيح، ولا يؤكل الثالث؛ لأن التحديد متى وقع بشيء فالحكم إنما يعتبر فيما وراء الحد، وعلى رواية الحسن يؤكل الثالث؛ لأنه دل على التعليم.

له: أن الكلب يتفاوت كياسة وبلادة وجرأة وجبنًا، فينزجر عن الأكل خوفًا من الضرب لا علمًا، والبليد يطول ويمتد مدة تعلمه فلا يمكن التحديد للعلم بحد واحد فيفوض إلى رأي أهل العلم.

وإذا صار معلمًا في الظاهر ثم أكل من صيده بطل تعلمه ولا يؤكل ما صاده قبل ذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: يؤكل سوى الذي أكل منه.

لهما: أن ما أخذه المالك وأحرزه من الصيود فقد حكمنا بإباحته بالاجتهاد، وكل حكم ثبت بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، وهنا لو حرمنا الصيود المحرزة فقد نقضنا حكمًا باجتهاد مثله؛ لأن أكل الكلب من الصيد محمول بين أن يكون لجهله وبين أن يكون لشدة جوعه أو لاعتراض نسيان ما علمه، وهذا لا يوجب جهله فيما مضى فلم ينقض ما حكمنا بإباحته بالاجتهاد فيما مضى بالاحتمال وحكمنا بحرمة ما صاده في المستقبل احتياطًا.

له: أن الاصطياد حرفة، والحرفة قلَّ ما تُنسى، وإنما تنسى دقائقها، فلما أكل والأكل علامة جهله في الحال تبين أنه لم يكن عالمًا إذ لا وجه لاحتمال النسيان، ولأن علمه إنما يثبت ظاهرًا فيبقى جهله موهومًا والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق شرعا احتياطًا ما أمكن، فقد أمكن اعتبار هذا الموهوم في حق الصيود القائمة؛ لأن حاجته إلى إثبات الإباحة قبل الأكل غير ماسة فلم تثبت الإباحة لتوهم الجهل احتياطا للحرمة، وفي حق الفائتة بالأكل لا يثبت توهم الجهل لامتساس حاجته إلى إثبات الإباحة حالة الأكل.

وإن قتله فأخذه صاحبه منه ثم وثب عليه فانتهش منه قطعة ورمى بها صاحبه إليه فأكلها لم يحرم؛ لأنه تمم الإمساك على صاحبه لما أخذه صاحبه وإنما أكل منه ٧٥

بعدما خرج من أن يكون صيدًا متوحشًا فصار هذا وسائر الأطعمة في يده سواء.

ولو أكل قبل أن يأخذه صاحبه يكره أكله؛ لأنه أكل في حالة الاصطياد فلم يتم الإمساك على صاحبه، وكذلك لو انتهش منه قطعة في اتباعه فأكلها ثم لحقه فقتله ولم يأكل لم يحل؛ لأنه لما انتهش منه بضعة وأكلها فقد زالت علامة علمه وظهر أنه أخذه لنفسه لا لصاحبه.

وإن ألقاها ثم اتبع الصيد وقتله ولم يأكل ثم عاد إلى القطعة وأكلها يحل؛ لأنه لما ألقى النهشة ولم يأكلها علم أنه أخذ الصيد للمالك لا لنفسه ونهش البضعة كان حيلة منه للأخذ حتى يتخذه فيضعف عن التوحش والتنفر فيمكنه الأخذ فلا يدل على الجهل وإنما أكل تلك القطعة بعدما صارت ميتة فصار كما لو أكل من دمه.

مسلم صاد بكلب مجوسي يؤكل كما يذبح بسكينه؛ لأنه آلة لا تأثير لها في الحرمة؛ لأن الجرح من طبعه كالجرح من السكين فلا يكون الجرح مضافًا إلى تعليم المجوسي، وإنما المضاف إلى تعليمه إمساكه على صاحبه، ولو شارك المجوسي المسلم في الأخذ ثم تفرد المسلم بالذكاة حل، فكذا إذا شاركه المجوسي في الإمساك ثم تفرد المسلم بالذكاة. والله أعلم.

(باب معرفة الإرسال)

ولا بد للإباحة من الإرسال والتسمية عنده وكون المرسل من أهل الذكاة.

أما الإرسال فشرط لقوله تعالى: ﴿مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ [المائدة: ٤] جاء في التفسير أي مضريين والتضرية الإرسال والإشلاء، وقال صلى الله عليه وسلم لعدي: "**وإذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل**"[١] فقد شرط الإباحة بالإرسال

(١) أخرجه «البخاري» ٤٦/١ (١٧٥) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة، عن ابن أبي السفر. وفي ٥٤/٣ (٢٠٥٤) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني عبد الله بن أبي السفر. وفي ٨٥/٧ (٥٤٧٥) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا زكريا. وفي ٨٦/٧ (٥٤٧٦) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر.
=

=

وفي ٨٧/٧ (٥٤٨٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن بيان. وفي (٥٤٨٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا ثابت بن يزيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥٤٨٥) قال البخاري تعليقا: وقال عبد الأعلى، عن داود. وفي (٥٤٨٦) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٨٨/٧ (٥٤٨٧) قال: حدثني محمد، قال: أخبرني ابن فضيل، عن بيان. و«مسلم» ٥٦/٦ (٥٠١٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٥٠١٣) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٥٧/٦ (٥٠١٤) قال: وحدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا ابن علية، قال: وأخبرني شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي (٥٠١٥) قال: وحدثني أبو بكر بن نافع العبدي، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر، وعن ناس ذكر شعبة. وفي (٥٠١٦) قال: وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا زكريا. وفي (٥٠١٧) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا زكريا بن أبي زائدة، بهذا الإسناد. وفي (٥٠١٨) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ٥٨/٦ (٥٠١٩) قال: وحدثنا محمد بن الوليد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي (٥٠٢٠) قال: حدثني الوليد بن شجاع السكوني، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن عاصم. وفي (٥٠٢١) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرنا عاصم. و«ابن ماجه» (٣٢٠٨) قال: حدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قال: حدثنا بيان بن بشر. وفي (٣٢١٣) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن عاصم. وفي (٣٢١٤) قال: حدثنا عمرو بن عبد الله، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قالا: حدثنا زكريا بن أبي زائدة. و«أبو داود» (٢٨٤٨) قال: حدثنا هناد بن السري، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٢٨٤٩) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، عن عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٠) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٣) قال: حدثنا الحسين بن معاذ بن خليف، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا داود. وفي (٢٨٥٤) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. و«الترمذي» (١٤٦٩) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (١٤٧١) قال: حدثنا يوسف بن عيسى، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا زكريا. وفي (١٤٧١م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن زكريا.

=

والتسمية، ولأن الكلب المعلم آلة للذكاة، والذكاة لا تحصل إلا باستعمال الآلة، فإن الصيد أو الشاة لو انقلب على سكين وأصاب مذبحه ومات لا يحل والاستعمال هنا يحصل بالإرسال فلما كان إرسال الكلب كاستعمال السكين في الذبح ومتى

=

و«النسائي» ١٧٩/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٦) عن سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله بن المبارك، عن عاصم. وفي ١٨٠/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٧) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله، عن زكريا. وفي ١٨٢/٧ و١٨٣ و١٩٢، وفي «الكبرى» (٤٧٦١ و٤٧٦٨ و٤٧٩٢) قال: أخبرني عمرو بن يحيى بن الحارث، قال: حدثنا أحمد بن أبي شعيب، قال: حدثنا موسى بن أعين، عن معمر، عن عاصم بن سليمان. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا زكريا، وهو ابن أبي زائدة. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٣) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، وهو ابن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٤) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٥) قال: أخبرنا سليمان بن عبيد الله بن عمرو الغيلاني البصري، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٦) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا أبو داود، عن شعبة، عن ابن أبي السفر، وعن الحكم، وعن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٧) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن هارون، قال: أنبأنا زكريا، وعاصم. وفي ١٩٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩١) قال: أخبرنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي ١٩٤/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٩) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠٠) قال: أخبرنا الحسين بن محمد الذارع، قال: حدثنا أبو محصن، قال: حدثنا حصين. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠١) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، وغيره، عن زكريا. و«ابن حبان» (٥٨٨٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا عباد بن عباد، قال: حدثنا عاصم.

تسعتهم: (عاصم، وزكريا، وبيان بن بشر، وسعيد بن مسروق، والحكم بن عتيبة، ومجالد، وعبد الله بن أبي السفر، وداود بن أبي هند، وحصين بن عبد الرحمن السلمي) عن عامر الشعبي، فذكره.

كان الإرسال بمنزلة الذكاة فيشترط الأهلية والتسمية عند الإرسال كما يشترط عند الذبح إلا أنه لا يشترط التسمية على كل صيد بعينه بخلاف الذبح لما يأتي في كتاب الذبائح.

ثم الإرسال على أقسام:

(الأول): يجب أن يكون الإرسال على ما هو صيد بأن أرسل كلبًا على صيد غائبة حتى لو أرسله إلى ما ليس بصيد من الإبل والبقر والغنم فأصاب صيدًا لا يحل أكله؛ لأن الإرسال إلى ما ليس بصيد لا يكون ذكاة شرعا؛ لأنه إنما شرع ذكاة حال عجزه عن الذكاة حقيقة ولا يتحقق العجز عن الذكاة إلا في حق الصيد المتوحش المتنفر.

ولو سمع حسًّا فظنه صيدًا فأرسل كلبه قاصدًا صيدًا ثم تبين أن المسموع حسّه كان آدميًا أو بقرا أو شاة لم يؤكل؛ لأنه ما أرسله إلى صيده، وكذلك لو سمع حسًّا ولم يعلم أنه حس صيد وغيره؛ لأنه وقع الشك في صحة الإرسال فلا تثبت الصحة بالشك، ولو ظنّ أن المسموع حسه صيد فأرسل كلبا، فإذا هو حس صيد غير مأكول وأصاب صيدًا آخر يحل.

وقال زفر: إن كان حس صيد غير مأكول لا يحل المأخوذ.

ورُوي عن أبي يوسف: إن كان حسن خنزير لا يحل؛ لأن الخنزير محرم العين لا يحل الانتفاع به بوجه ما فلم يصح الإرسال إليه أصلًا.

لنا: أن اسم الصيد يتناول المأكول وغيره؛ لأنه اسم لكل ممتنع متوحش فحصل الإرسال إلى الصيد فصح فصار كأنه أخرج كلبه على صيد بعينه وهو غير مأكول فأصاب غيره يحل وكذا هذا؛ لأن تعبير الصيد غير معتبر في الإرسال فسقط حكم قصده فصار كأنه أرسله إلى المصاب ابتداء، وكذا لو سمع حسا فظنه آدميا فأصاب الحس نفسه، فإذا هو صيد يحل؛ لأن تعيين الصيد غير معتبر في الإرسال فلم يعتبر قصده أصلًا فصار كأنه أرسل إلى المحسوس صح؛ لأنه أرسله إلى صيد.

(المنتقى): ولو رمى ظبيًا أو طيرًا فأصاب غيره وذهب المرمي ولم يدر أنه كان

متوحشًا أو مستأنسًا أكل الصيد؛ لأن الأصل في الصيد التوحش والتنفر فيتمسك بالأصل حتى يعلم إلفه واستيناسه.

وقال محمد رحمه الله: لو ظن حين رآه أنه صيد ثم تحول رأيه وصار أكثر رأيه أن الذي رماه كان إلفا أهليا يحل الصيد الذي أصابه؛ لأن الأول عندنا صيد بحكم الأصل حتى يعلم أنه غير صيد.

ولو رمى إلى بعير نادٍ فأصاب صيدا تؤكل؛ لأنه صح الرمي إلى النادِّ.

ولو ظن أنه نادّ وأصاب صيدًا فذهب البعير ولم يكن يعلم أنه كان نادًّا أو غير نادٍّ لم يؤكل حتى يعلم أنه كان نادًّا؛ لأن الأصل فيه الإلف والاستئناس دون التنفر والشرود، وكذا لو رمى إلى ظبي مربوط وهو يظنّ أنه صيد فأصاب ظبيًا آخر لم يؤكل؛ لأنه بالرّبط لم يبق صيدًا، وكذا لو أرسل كلبه على صيد موثق في يده فصاد غيره لم يؤكل، وكذا لو أرسل هذا على فيل فاصطاد ظبيًا لم يؤكل.

ولو رمى سمكًا أو جرادًا فأصاب صيدا فعن أبي يوسف فيه روايتان في رواية لا يؤكل؛ لأن السمكة والجراد لا يقع عليهما الذكاة فرميه وتركه سواء وفي رواية يؤكل وهي الأصح؛ لأن المرمي إليه صيد فكان الرمي حاصلا إلى صيد فصح كما لو رمى إلى خنزير فأصاب صيدا.

(والقسم الثاني): أن يكون عقد الإرسال باقيا ولا ينقطع إلى وقت الأخذ حتى لو أرسل كلبه إلى صيد فأخذ صيدا آخر أو عددا من الصيد واحدًا بعد واحد في ذلك الفور فكله حلال؛ لأن الذهاب حصل بإرساله فيكون مضافًا إليه فما أخذ بهذا الذهاب يكون الأخذ مضافًا إلى إرساله وفي تعيين المسار إليه نوع حرج فلا يعتبر تعيينه، وإن قتل صيدا وختم عليه طويلا فمر به صيد آخر وأخذه لم يؤكل وكذا إذا عدل عن الصيد يمنة أو يسرة وتشاغل في غير طلب الصيد وفتر عن سننه ثم اتبع صيدا فأخذه لم يؤكل؛ لأن الختم والانحراف عن وجه الإرسال قد خرج من حال الإرسال وانقطع حكمه حيث تقاعد وفتر عن الصيد فصار الذهاب غير مستند إلى إرساله فيكون الأخذ بغير إرساله فلا يحل إلا إذا زجره صاحبه فينزجر؛ لأن في الابتداء لو ذهب بنفسه بغير إرسال ثم زجره صاحبه فانزجر يحل فكذا هذا.

وإن انفلت فصاح به وسمى، فإن انزجر لصاحبه حل وإلا فلا.

وقال مالك: لا يحل أصلًا.

لنا: أن الزجر إذا لم يتقدمه إرسال وقد أثر الزجر في الكلب أمكن أن يجعل الزجر إرسالا مبتدأ إذ لم يوجد ما هو أقوى منه في إضافة الحكم إليه وفعل العجماء جبار لا يورث شبهة الحرمة بخلاف ما إذا تقدمه إرسال وإذا كمن الكلب أو الفهد في إرساله حتى استلم من الصيد وثب عليه فقتله يحل؛ لأن هذا من عادة الجوارح ليتمكنوا من أخذ الصيد فلم ينقطع جهة الإرسال به.

(والقسم الثالث): أن يلحقه المرسل أو من يقوم مقامه قبل انقطاع الطلب حتى لو توارى الكلب والصيد عن المرسل فأدركه ميتا، فإن ترك طلبه لا يؤكل، وإن لم يترك طلبه لا يحل قياسًا لاحتمال أن تكون هوام الأرض أو سبع قتله ويحل استحسانًا للضرورة؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عن تواري الصيد إما لبعد المسافة بين المرسل والصيد أو بسبب الحيطان والأشجار فسقط اعتبار هذا الموهوم للتعدد إذ لو لم يسقط لما حل صيد أبدا بالرمي ولا ضرورة فيما إذا ترك طلبه؛ لأن الاحتراز عن الموهوم هنا ممكن بأن يتبع أثره ولا يشتغل بعمل آخر فيعتبر هذا الموهوم في حق التحريم احتياطًا.

وأصله: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن ذلك فقال: كُلْ ما أصْمَيتَ ودَعْ ما أنميت، قال أبو يوسف ومحمد الإصماء ما عاينه، والإنماء توارى عنه، وإن أدركه حيًا واحده لم يحل له إلا بالذبح قدر على ذكاته أو لم يقدر لفقد الآلة ولضيق الوقت بأن كان في آخر الرمق.

ورُوي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو قول الشافعي وهو اختيار بعض مشايخنا؛ لأنه إذا لم يقدر على الذكاة الاختياري لضيق الوقت فلم يقدر على الأصل فلا يبطل حكم البدل كالمقيم إذا وجد الماء ولم يقدر على استعماله.

وجه **ظاهر الرواية** أن اعتبار حقيقة التمكن من الذبح غير ممكن؛ لأنه لا بد من الذبح من تقدير مدة والناس تتفاوت في مدة التمكن من الذبح منهم من يتمكن من الذبح في ساعة لطيفة، ومنهم من لا يتمكن إلا بأكثر من ساعة على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في الذبح ومتى تعذر اعتبار حقيقة التمكن أقمنا سبب التمكن

من الذبح وهو إثبات اليد على المذبح مقام التمكن كما أقيم السفر مقام المشقة وصار كالأهلي إذا وجده المالك ولم يتمكن من ذبحه لا يحل بذكاة الاضطرار فكذا هذا.

وذكر الكرخي في مختصره: لو أدركه ولم يأخذه، فإن كان في وقت أمكنه ذبحه لم يؤكل، وإن كان لا يمكنه ذبحه بعد أخذه أكل؛ لأن اليد لم تثبت على المذبح والتمكن من الذبح لم يوجد.

(باب ما يعترض على الإرسال فيفسده)

ولو أرسل مسلم كلبه وسمى فصاح به مجوسي أو مرتد أو محرم وانزجر لصياحه أكل صيده.

ولو أرسله مجوسي أو محرم وصاح به مسلم فانزجر لا يؤكل. والفرق أن إرسال المسلم قد صح وصيحة المجوسي لا تفسده؛ لأنه تقوية للإرسال وتحريض للكلب وليس بابتداء إرسال منه فلا ينقطع الإرسال بالزجر فبقي صحيحًا.

فأمَّا الإرسال من المجوسي وقع فاسدًا فلا ينقلب صحيحًا بالزجر وكذا إذا أرسل وترك التسمية عمدًا فزجره مسلم وسمى لم يحل.

ولو وجدت التسمية من المرسل فزجره من لم يسم حل وكذا المسلم إذا ذبح فأمرّ المجوسي السكين بعد الذبح لم يحرم.

ولو ذبح المجوسي وأمر المسلم بعده لم يحل لما ذكرنا أن أصل الفعل متى وقع صحيحًا لا ينقلب فاسدًا ومتى وقع فاسدًا لا ينقلب صحيحًا، وكذا محرم دل حلالا على صيد فقتله يحل له نص عليه في الروايات؛ لأن ذبحه حصل بفعل الحلال لا بدلالة المحرم.

ونص في (المنتقى) عن أبي حنيفة ومحمد: أنه لا يحل لحديث أبي قتادة حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**هل أعنتم؟ هل أشرتم؟ فقالوا: لا، فقال: إذًا فكلوا**" علق الإباحة بعدم الإعانة وفي الدلالة نوع إعانة.

ولو أرسل مسلم كلبه فرد عليه الصيد كلب غير معلم أو معلم لم يرسله أحد

ولم يزجره بعد انبعاثه فأخذه الأول وقتله لم يؤكل لأنه شاركه في الأخذ؛ لأن مشاركة الكلب هكذا تكون وقد قال عليه السلام لعدي: **"وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل، لأنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك"**(١) بخلاف

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/ ٤٦ (١٧٥) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة، عن ابن أبي السفر. وفي ٣/ ٥٤ (٢٠٥٤) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني عبد الله بن أبي السفر. وفي ٧/ ٨٥ (٥٤٧٥) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا زكريا. وفي ٧/ ٨٦ (٥٤٧٦) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٧/ ٨٧ (٥٤٨٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن بيان. وفي (٥٤٨٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا ثابت بن يزيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥٤٨٥) قال البخاري تعليقا: وقال عبد الأعلى، عن داود. وفي (٥٤٨٦) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٧/ ٨٨ (٥٤٨٧) قال: حدثني محمد، قال: أخبرني ابن فضيل، عن بيان. و«مسلم» ٦/ ٥٦ (٥٠١٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٥٠١٣) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٦/ ٥٧ (٥٠١٤) قال: وحدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا ابن علية، قال: وأخبرني شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي (٥٠١٥) قال: وحدثني أبو بكر بن نافع العبدي، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر، وعن ناس ذكر شعبة. وفي (٥٠١٦) قال: وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا زكريا. وفي (٥٠١٧) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا زكريا بن أبي زائدة، بهذا الإسناد. وفي (٥٠١٨) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ٦/ ٥٨ (٥٠١٩) قال: وحدثنا محمد بن الوليد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي (٥٠٢٠) قال: حدثني الوليد بن شجاع السكوني، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن عاصم. وفي (٥٠٢١) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرنا عاصم. و«ابن ماجه» (٣٢٠٨) قال: حدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قال: حدثنا بيان بن بشر. وفي (٣٢١٣) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن عاصم. وفي (٣٢١٤) قال: حدثنا عمرو بن عبد الله، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قالا: حدثنا زكريا بن أبي زائدة. و«أبو داود» (٢٨٤٨) قال: حدثنا هناد بن السري، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٢٨٤٩) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، عن عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٠) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا أحمد بن =

=

حنبل، قال: حدثنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٣) قال: حدثنا الحسين بن معاذ بن خليف، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا داود. وفي (٢٨٥٤) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. و«الترمذي» (١٤٦٩) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (١٤٧١) قال: حدثنا يوسف بن عيسى، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا زكريا. وفي (١٤٧١م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن زكريا. و«النسائي» ١٧٩/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٦) عن سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله بن المبارك، عن عاصم. وفي ١٨٠/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٧) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله، عن زكريا. وفي ١٨٢/٧ و١٨٣ و١٩٢، وفي «الكبرى» (٤٧٦١ و٤٧٦٨ و٤٧٩٢) قال: أخبرني عمرو بن يحيى بن الحارث، قال: حدثنا أحمد بن أبي شعيب، قال: حدثنا موسى بن أعين، عن معمر، عن عاصم بن سليمان. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا زكريا، وهو ابن أبي زائدة. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٣) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، وهو ابن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٤) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٥) قال: أخبرنا سليمان بن عبيد الله بن عمرو الغيلاني البصري، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٦) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا أبو داود، عن شعبة، عن ابن أبي السفر، وعن الحكم، وعن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٧) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن هارون، قال: أنبأنا زكريا، وعاصم. وفي ١٩٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩١) قال: أخبرنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي ١٩٤/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٩) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠٠) قال: أخبرنا الحسين بن محمد الذارع، قال: حدثنا أبو محصن، قال: حدثنا حصين. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠١) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، وغيره، عن زكريا. و«ابن حبان» (٥٨٨٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا عباد بن عباد، قال: حدثنا عاصم.

=

ما لو رد عليه آدمي أو دابة أو طير أو مجوسي حل؛ لأن الأخذ من الكلب المعلم ذبح حكمًا ولا يمكن أن يجعل هو لا مشاركًا إياه في الذبح؛ لأنه لم يوجد منه استعمال آلة الذبح وهو بنفسه لا يصلح له فلا يصير شريكًا للكلب في الذبح، فأمّا الكلب الجاهل يصلح آلة للذبح كالمعلم؛ لأنه خارج بنفسه فيصير مشاركا إياه في الذبح فاجتمع المسح والمحرم فيحرم كما لو مدّ المجوسي مع المسلم قوسًا إلى صيد وأصاب الصيد لا يؤكل؛ لأنه شاركه في الذبح؛ لأنه استعمل معه آلة الذبح.

ولو لم يرد عليه ولكنه اشتد عليه بأن كان يتبع أثر المرسل حتى قتله الأول حل أكله؛ لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل لا في الصيد فصَار فعله تبعًا لفعل المرسل فأضاف الأخذ إلى المرسل لا إلى المحرض والمشدّد بخلاف ما لو ردّ عليه لأن فعله أثر في الصيد لا في الكلب فصار الأخذ مضافًا إليهمَا.

مجوسي أرسل ثم أسلم فاصطاد كلبه لم يؤكل، وكذلك لو زجره بعد الإسلام فانزجر لزجره، ولو كان مسلمًا حالة الإرسال والرمي لا حالة الأخذ؛ لأن الإرسال والرمي فعل الذكاة بمنزلة الذبح فيعتبر إسلامه وتمجسه وردّته عند الذبح لا عند زهوق الروح فكذا هنا يعتبر إسلامه وكفره وقت الإرسال والرمي لا بعده.

(النوادر) ولو ضرب الكلب الصيد فوقذه ثم ضربه بآنية فقتله أكل، وكذلك لو أرسل كلبين فضربه أحدهما فوقده ثم ضربه الآخر فقتله أكل، وكذلك لو أرسل رجلان كل واحد كلبه فوقده أحدهما وقتله الآخر، فإنه يؤكل والصيد لصاحب الأول؛ لأن جرح الكلب بعد الجرح لا يمكن الاحتراز عنه؛ لأنه لا يمكن تعليمه بترك الجرح بعد الجرح فصار كأن القتل حصل بفعل واحد إلا أن الأول لما أخرجه من أن يكون صيدا صار ملكًا لصاحبه فلا يزول ملكه بجراحة الثاني.

=

تسعتهم: (عاصم، وزكريا، وبيان بن بشر، وسعيد بن مسروق، والحكم بن عتيبة، ومجالد، وعبد الله بن أبي السفر، وداود بن أبي هند، وحصين بن عبد الرحمن السلمي) عن عامر الشعبي، فذكره.

(باب رمي الصيد)

فيه فصلان:

فصل: في الرمي.

وفصل: في الإصابة.

(فصل)

وإن رمى ببندقة أو حجر أو معراض أو عصا ونحوه لا يحل؛ لأن هذه الأشياء تدق وتمزق ولا تجرح ولا تخرق فيكون موقوذة وهو حرام بالنص، وإن حدد عودا وطوله كالسهم، فإن أصاب بحده وخرقه حل وإلا فلا؛ لأنه متى خرقه ولصعه يكون آلة جارحة قاطعة فتكون بمنزلة السّكين ومتى لم يخرقه وأصابه بعرضه فقد وقذه والموقوذة حرام.

وأصله: قوله عليه السلام لمن سأله عن المعراض[1] فقال: "**ما أصابه بحدّه فكل، وما أصاب بعرضه فلا تأكل**" والمعراض سهم لا ريش ولا نصل له وإنه حديد الرأس يسمّى معراضًا؛ لأنه يذهب معترضا فتارة يصيب بحده وتارة يصيب بعرضه وتارة يصيب فيدقه ويكسره وإن رمى بسكين فأصاب بقفاها أو بمقبضها فقتله لم يحل؛ لأنه يمزق ولا يخرق والمزراق كالسهم؛ لأنه يجرح ويخرق وإن رماه بسهم وجرحه وأدماه حل؛ لأنه بمنزلة الذكاة عند العجز والاضطرار وإن جرحه ولم يدم اختلفوا فيه قيل لا يحل وقيل يحل بناء على اختلافهم في الشاة إذا اعتلفت بالعنّاب

(١) قَالَ الْخَلِيلُ وَتَبِعَهُ جَمَاعَة: (الْمِعْرَاض) سَهْم لَا رِيش لَهُ وَلَا نَصْل.

وَقَالَ ابْن دُرَيْدٍ وَتَبِعَهُ ابْن سِيدَهْ: سَهْمٌ طَوِيل، لَهُ أَرْبَع قُذَذ رِقَاق، فَإِذَا رَمَى بِهِ اعْتَرَضَ.

وَقَالَ الْخَطَّابِيّ: الْمِعْرَاض: نَصْل عَرِيض، لَهُ ثِقَل وَرَزَانَة.

وَقِيلَ: عُودٌ رَقِيق الطَّرَفَيْنِ، غَلِيظ الْوَسَط، وَهُوَ الْمُسَمَّى بِالْحُذَافَةِ.

وَقِيلَ: خَشَبَة ثَقِيلَة، آخِرهَا عَصَا مُحَدَّد رَأسهَا، وَقَدْ لَا يُحَدَّد؛ وَقَوَّى هَذَا الْأَخِير النَّوَوِيّ تَبَعًا لِعِيَاضٍ، وَقَالَ الْقُرْطُبِيّ: إِنَّهُ الْمَشْهُور.

وَقَالَ ابْن التِّين: الْمِعْرَاض: عَصًا فِي طَرَفهَا حَدِيدَة، يَرْمِي الصَّائِد بِهَا الصَّيْد. فتح الباري (ج١٥/ ص٤٠٤).

قد يجب ولم يسل منها الدم قيل لا تحل لأن الذكاة شرعت لإنهار الدم ومتى لم يسل منها الدم فإنه حرام فلا يحل تناوله مع الدم ومتى كانت ذكاة الاختيار لا تفيد الإباحة بدون إنهار الدم فكذا ذكاة الاضطرار لأنه بدل عنها وقيل يحل لأن الدم متى انجمد في عروقه لا يتصوّر إنهاره وتسييله فسقط اعتباره كالدم الذي يبقى في الذبيحة واللحم ومتى كانت ذكاة الاختيار بعيد الإباحة بدون إنهار الدم فكذا ذكاة الاضطرار وقيل إن كانت الجراحة صغيرة لا يحل إذا لم يدم، وإن كانت كبيرة يحل؛ لأن الجراحة متى كانت صغيرة فعدم خروج الدم يكون محالا على ضيق المسلك لا على عدم الدم فيه أصلًا وخروج الدم حال وجوده شرط الإباحة ومتى كانت كبيرة فعدم الخروج يكون لعدم الدم فيه أصلًا لا لضيق المسلك.

ولو رمى إلى صيد فأمالته الريح يمنة أو يسرة وعدل عن سننه فأصاب صيدًا لم يؤكل؛ لأن حكم الرمي قد انقطع؛ لأن مضي السهم يمنة أو يسرة أو العدول عن سننه ليس من موجب الرمي وإنما الإصابة بالريح لا بفعل الرامي.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: أن حكم الرمي لا ينقطع بالتغيّر عن سننه يمينًا وشمالًا إلا إذا ارتد من ورائه، وكذا لو أصاب السّهم حائطا أو صخرة فرجع السهم وأصاب الصيد لم يؤكل؛ لأن الرمي قد انقطع واحتمل أن الإصابة بقوة الحائط والصخرة فلا يحل مع الشك.

ولو مرّ السهم على سننه لكن انحرف يمنة أو يسرة بالريح أو أصاب الحائط ومرّ على وجهه فلا بأس به؛ لأن ذهابه على سننه فأصابته الرمية إلا أن الريح وصدمة الحائط زادت في قوته ولا عبرة بهذه الزيادة كما لو هبت الريح فضربت السهم فزادت في ذهابه فأصاب الصيد لا بأس بأكله؛ لأن فعل الريح ليس من فعل حبس الرامي فلا يتحقق بهذه الإعانة شبهة المشاركة فبقيت الإصَابَة مضافة إلى الرمي.

وإن رمى صيدا ثم رماه آخر فأصاب الثاني السهم الأول فرده عن وجهه حتى أصاب صيدا فقتله، فإن كان الثاني رمى إلى الصيد يحل وإلا فلا لأن الثاني متى رد الأول عن وجهه وسننه فقد انقطع رمي الأول فبقيت الإضافة مضافة إلى الرمي الثاني فإن كان قصد به الرمي إلى الصيد بأن سمى عليه يحل وإلّا فلا.

وإن أصاب الثاني الأول فزاد في رميه حتى ذهب السّهم الأول فقتل الصيد فهو للأول؛ لأن السهم الثاني وإن زاد في قوته ولكن ما يزيد في الشيء لا يكون قاطعا لحكمه بل يكون مقررًا له فتكون الإصابة مضافة إلى الرمي الأوّل كما لو ازدادت قوته بالريح إلا أن يعلم أن السهم الأول لم يكن يبلغ الصيد فإنما بلغ بالرمية الثانية فحينئذ الصيد للثاني؛ لأن الرمي الأول صار مصيبا للرمي للصّيد بفعل الثاني فصار بفعل الثاني علة لفعل الأول فتكون الإصابة مضافة إليه كما لو ردّ السهم الثاني السهم الأول حتى أصاب صيدًا كان للثاني؛ لأنه انقطع موجب الرمي الأول فتكون الإصابة مضافة إلى الثاني وكذا مسلم رمى صيدًا فأصاب سهمًا موضوعًا فرفعه فأصاب صيدًا فقتله جرحا يؤكل؛ لأن السهم الموضوع إنما ارتفع بقوة السهم الأول فيكون نفوذه بواسطة الأول مضافًا إلى فعلهِ، ألا ترى أنه لو أصاب السهم المرفوع إنسانًا فقتله يجب القصاص على الرامي لو لم تكن الإصابة مضافة إلى رميه لما وجب عليه القصاص، وكذا لو رمى بمعراضٍ أو حجر أو بندقة فأصاب سهمًا فرفعه وأصاب السهم الصيد فقتله يحل؛ لأن الرمي بالمعراض والحجر ذكاة إذا جرح وحرق وإنما لا يكون ذكاة إذا دق لمعنى في المحل وهو أن الدق يخرجه من الصيدية لا لنقصان في الرمي فتكون إصابة السهم مضافة إلى فعل هو ذكاة فتكون ذكاة.

ولو كان الرامي الثاني مجوسيًا فأصاب سهمه سهم المسلم فزاد رميه حتى أصاب الصيد فقتله لا يؤكل؛ لأن المجوسي أعانه على قتله؛ لأنه من جنس الفعل الأوّل فيتحقق بهذه الإعانة شبهة المشاركة وشبهة المشاركة تكفي للتحريم احتياطًا، ألا ترى أن المسلم لو وضع السكين على حلق الشاة فوضع المجوسي يده على يده وأعانه على ذبحه لم يحل وشبهة المشاركة لا تكفي للملك حتى يقع الملك فيه للمسلم؛ لأنه لا يحتاط في إثباته وأصل الرمي وجد من المسلم فيكون له، وكذا مجوسي رمى إلى صيد ففر الصيد من سهمه أو أرسل كلبه على صيد فنفر من كلبه فرماه مسلم بسهم أو أرسل كلبه لم يحل؛ لأن المجوسي أعانه على اصطياده فالإعانة تشبه الشركة في الاصطياد فتلحق بحقيقة الشركة تغليبًا للحرمة إلا إذا وقع سهم المجوسي على الأرض أو انصرف كلبه قبل رمي المسلم فإرساله يحل؛ لأن

إعانته قد انقطعت بوقوع السّهم على الأرض أو انصرف كلبه قبل رمي المسلم وإرساله يحل؛ لأن إعانته قد انقطعت بوقوع السهم على الأرض وبانصراف الكلب عن أثر الصيد وصار كمجوسي أضجع شاة فجاء مسلم وأخذ السكين من يده وذبحه حل أكله لزوال إعانة المجوسي فكذا هذا.

(فصل)

رمى صيدا فتوارى عنه ثم وجده ميتا وبه أثر ضربة أخرى لا يحل؛ لأنه يحتمل أنه مات بسبب تلك الضربة المجهولة فصار كمسلم ومجوسي رميا فقتلا صيدا ثم الأصل أن من رمى صيدا فأصابه فالعبرة في حق الضمان والحل لوقت الرمي وفي حق الملك لوقت الإصابة لأن الصيد مباح التملك فلا تملك إلا بالإحراز ولا إحراز بدون الإصابة والحل متعلق بالذكاة والذكاة فعله وهو الرمي والضمان يجب بالجناية والجناية فعله ولا فعل فيه سوى الرمي. رمى صيدا ثم رماه غيره فقتله فهو على وجهين: إمّا أن أثخنه الرمي الأول أو لم يثخنه، فإن لم يثخنه فهو ملك للثاني وحلال له ولا ضمان عليه؛ لأن الأول لم يخرجه عن كونه صيدًا بل أثاره، والثاني أخرجه عن كونه صيدا وأخذه فيكون حلالا له لقوله عليه السلام: "**الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره**" وإن أثخنه الرمي الأول حتى لا يستطيع براحا، ينظر إن كان بحال لا ينجو الصيد منه حل للأول ويكون ملكًا له؛ لأن الموت حصل مضافًا إلى رميه دون الرمي الثاني، وإن كان بحال ينجو منه الصيد فرماه الثاني ومات لا يحل لأن الموت حصل بالرميتين والرمية الثانية وجدت بعد خروج المحل من أن يكون صيدا فلم يكن فعله ذكاة شرعا فصار كالرمي إلى الشاة فقد اجتمع المبيح والمحرم فيحرم ويكون الصيد ملكًا للأول؛ لأنه يصير أخذًا له بالإصابة والإثخان، وهل يضمن الثاني؟ ينظر إن مات من الرمي الثاني لا من الأول يغرم الثاني قيمته مخروجا للأول؛ لأن الأول ملكه بالإثخان والثاني أتلف ملك الأول منقوصًا بالجرح الأول.

وإن مات من الجراحتين ضمن ما نقصه رميته؛ لأنه جرح صيدا مملوكًا للأول ونصف قيمته حيًا مجروحا بجراحتين؛ لأن الباقي تلف بالجراحتين وفعل المالك

هدر وفعل غيره معتبر إلا أنه ضمن بنقصان جرحه مرّة فلا يضمنه ثانيا فصار كمن ضرب عبده سوطا ثم ضربه آخر سوطا فمات منهما يغرم الأجنبي ما نقصه سوط مضروب السّوط الأول ونصف قيمته مضروب السوطين فكذا هذا ثم يضمن نصف قيمته لحمًا ذكيًا؛ لأن النصف الذي تلف بفعل الرامي الأول يحل تناوله لولا رمي الثاني والثاني برميه أفسد عليه لحم ذلك النصف؛ لأنه صار ميتًا بصيغة حتى لو أدركه الأوّل حتى صار الحل متعلقا بالذكاة، فإذا لم يدرك يكون الفساد مضافًا إلى تركه الذبح لا إلى غيره وذكر في الزيادات رجلان رميا صيدا معًا فبدأ سهم أحدهما فأصاب الصيد فكسر جناحه ثم أصابه السهم الآخر فكسر الجناح الآخر فمات الصيد منهما فهو للذي أصاب سهمه أولا ويحل أكله؛ لأن الرميتين خرجتا إلى الصيد معًا فيكون فعل كل رامي مذكيا للصيد شرعا بخلاف المسألة المتقدمة لأن ثمة الرمي حصل من الثاني بعد خروج الصيد من أن يكون صيدًا فلم يكن فعله ذكاة شرعا ولا يضمن الثاني شيئًا؛ لأن وجوب الضمان بفعله وفعله الرمي والرمي هنا حصل إلى صيد مباحٍ غير مملوك لأحد فصار كما لو رمى إلى مرتد ثم أسلم فأصابه لم يضمن؛ لأن وقت الرمي مباح الدم والعبرة لحالة الرمي لا لحالة الإصابة، فعلى هذا رجل رمى صيدا فانكسر الصيد بسبب آخر ثم أصابه السهم فقتله أكل لأنه حين رماه كان صيدًا. رجلان رميا صيدا فقتلاه أو رميا متعاقبا فأصابا معًا فهو بينهما لأن الملك إنما يقع بالأخذ والإحراز، والإحراز إنما يحرز بالإصابة لا بالرمي وقد اشتركا في الإصابة فاشتركا في الملك. رماه رجل فأخذه آخر فهو للرامي، وكذلك لو رمى صيدًا فوقع في أرض رجل فأخذه آخر فهو للرامي.

وكذا لو أرسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى أدخله في دار رجل فهو لصاحب الكلب؛ لأنه بالرمي والإرسال مع الإصابة صار آخذا له.

وكذا لو نصب شبكة في أرض رجل فتعقل بها صيد فهو له؛ لأن نصب الشبكة للاصطياد عادة فصار آخذًا له بخلاف ما لو نصب للتخفيف فتعقل بها صيد لم يملكه حتى يأخذه، لأنه لم يكن للاصطياد فلا يصير آخذًا له وعلى هذا إذا حفر حفيرة للاصطياد فوقع فيها صيد يملكه وإن حفرها للاستقاء لا يملكه، وكذلك قالوا

إذا كان في وليمة فنثر السكر والدراهم فوقعت على ثوبه فهو له وكذلك إن كانت أجمة لا يقدر على أخذ صيدها إلا باصطياد؛ لأن النهر والأجمة لم يعدا لأخذ الصيد وإنما أعدا لجريان الماء ولمنافع أخر فلا يصير آخذا لما فيه، وإن كانت أجمة يمكن أخذ صيدها من غير اصطياد يصير ملكًا لصاحبها لأنهما صنع صار آخذًا لها ومن أخذ صيدا أو فراخ صيد أو بيضه من دار رجل فهو له ما لم يحرزها صاحبها بغلق باب بحيث يقدر على أخذه بلا اصطياد فهو له؛ لأنه ما لم يفعل به ما يمنعه عن الطيران والذهاب لا يصير آخذًا له؛ لأنه يطير بلا مانع فبقي صيدا متاحًا حتى لو لم يرد بإغلاق الباب أخذ الصيد لا يملكه؛ لأن إغلاق الباب ما أعد للاصطياد كالدار فمتى قرن به قصد الاصطياد التحق بما أعد للاصطياد بخلاف ما لو نبتت شجرة أو ظهر عسل في أرضه حيث يكون له لأن ذلك من ريع الأرض ولأنه متصل بها فيكون تابعًا للأرض فأمّا الصيد ليس من ريع الأرض ولا هو متصل بها فلا يكون لصاحبها.

(النوادر) رجل نصب شبكة فوقع فيها صيد فاضطرب حتى قطعها فتخلص ثم اصطاده آخر فهو للثاني؛ لأن الأول لم يأخذه؛ لأنه لم يصر المالك خال لو مد يده أخذه، ولو لم يتخلص الصيد عنها حتى جاء صاحبها أو صار بحيث يقدر على أخذه فيخلص الصيد فصاده غيره فهو للأول؛ لأنه قد أخذه، وكذلك على هذا الشصّ إذا رمى به رجل في الماء فتعلقت به سمكة ورمى بها خارج الماء في موضع يقدر على أخذه فاضطربت فوقعت في الماء فهي ملكه لأنه أخذها.

ولو انقطع خيط الشصّ قبل أن يخرجها من الماء فذهبت السمكة لا يملكها؛ لأنه لم يأخذها، وكذلك لو أرسل كلبا على صيد فأخذه ثم تخلص منه ملكه لأنه أخذها وإن تخلص قبل أخذه لم يملكه.

وذكر ابن سماعة عن محمد: رجل رمى صيدًا فصرعه فغشي عليه من غير جراحة ثم ذهبت عنه الغشية فطار فأخذه آخر فهو للآخر بخلاف ما لو جرحه جراحة لا يستطيع معها النهوض فلبث ما شاء الله ثم برأ وطار فرماه آخر فأخذه فالصيد للأول والفرق أن في الأولى لم يأخذه الأول حين صرعه؛ لأن الرمي بدون

الجراحة لا يكون آخذًا له فلم يملكه فلما ذهبت عنه الغشية والصرعة وعاد إلى حالة الصيدية صار صيدا لمن أخذه، وفي الثانية الأول أخذه؛ لأنه انضمت الجراحة إلى الرمية فصار آخذًا بها فملكه والغشية ليست كالجراحة؛ لأنها شيء حدث بالصيد من الرمية وصار هذا بمنزلة من نصب شبكة فوقع فيها الصيد وهو غائب عنه ثم انفلت منها فأخذه آخر فهو له، ولو كان صاحب الشبكة أخذه ثم انفلت منه فهو ملك الأول؛ لأنه ملكه بالأخذ وانقلابه بمنزلة إباق العبد وشرود البعير وذلك لا يوجب زوال ملكه. أخذ صقرًا في رجليه سير أو جلاجل يرده على مالكه، وكذلك الحمام الأهلي وسمكة عليها خيط وظبية في عنقها قلادة؛ لأن ذلك علامة كونها مملوكة لغيره بالأخذ، وكذلك أخذ صيدا ثم أحرم فأرسله فأخذه آخر يرده على مالكه؛ لأنه بالإرسال لم يزل عن ملكه؛ لأن العجز عن الإمساك لا يوجب زوال الملك حتى لو أرسله على وجه الإباحة قيل لا يرد؛ لأن الإرسال على اختيار دليل الإباحة كما لو رمى بالنوى وقشر الرمان؛ لأن رميهما على اختيار دليل الإباحة.

(باب التردّي)

وإذا أصاب السهم الصيد فوقع على الأرض أو على آجرة مطروحة على الأرض فمات يحل لأن هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه، وإن وقع في ماء أو على جبل أو صخرة أو حائط أو شجرة أو على سنان رمح مركوز أو على حرف آجر أو لبنة منصوبة ثم وقع منه على الأرض لم يحل؛ لأن هذا مما يمكن الاحتراز عنه وقال: التردي مما ينقل عنه الاصطياد فوجب اعتباره، ويحتمل أن الموت حصل بالماء أو بالتردي واجتمع المبيح والمحرم فيحرم احتياطا حتى لو كان الطير مائيا، فوقع في الماء ولم تنغمس جراحته في الماء يحل أكله؛ لأنه لا يحتمل موته بسبب الماء، وإن انغمس جراحته لا يؤكل لاحتمال موته بالماء هذا كله إذا جرحه جرحا يرجى حياته منه، وإن كان جرحا لا يرجى منه يحل لانعدام هذا الاحتمال إذا بقي فيه من الحياة مقدار ما يكون من المذبوح بعد الذبح، فإن أبان رأسه ثم وقع في الماء هذا القدر في الحياة لا عبرة بها كما لو وقعت الذكية في الماء وإن مات على شيء من ذلك ولم يقع منه على الأرض، فإن كان ذلك الشيء مما لا يقتل مثل

السطح والجبل يحل؛ لأن وقوعه على ذلك المكان المستوي كوقوعه على الأرض لبعد الاحتراز عنه، وإن كان مما يقتل مثل حد الرمح والقصبة المنصوبة وحدة الآجرّة واللبنة القائمة ونحوها لم يحل؛ لأن وقوعه على هذه الأشياء قاتل ينفك عنه الاصطياد ويمكن عنه الاحتراز فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم.

(**المنتقى**): لو رمى صيدًا فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله في (المنتقى): وهذا خلاف إطلاق الجواب المذكور في الأصل، ولكن يجوز أن يكون إطلاق الجواب في الأصل فيما عدا هذا المفسر؛ لأن حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمي موهوم متردد والظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم، وإن وقع الصيد إلى جنب نائم أو رجل لا يعلم بموضع الصيد وقد علم أنه بحضرته أو لا يعلم أنه بحضرته صيد فمات من الرمية أكل؛ لأن النائم كالغائب أو كالذي لا يعقل الذبح.

وذكر في (**العيون**): أنه لا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله لأنّ النائم عنده بمنزلة المستيقظ في مسائل كثيرة كالنائم المتيمم إذا مرّ بالماء ونحوه، والأوّل أظهر، ولو وقع عند مجوسي مقدار ما يقدر على ذبحه فمات لم يحل لأنه قادر على ذبحه بتقديم الإسلام فلم يكتف بالذكاة الاضطراري وهو مذكور في النوازل أيضًا.

(باب صيد البحر)

لا يحل مما في البحر إلا السمك بجميع أنواعه، وقال ابن أبي ليلى ومالك والشافعي: يؤكل جميع ما يعيش في البحر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم حين سأل عن البحر فقال: "**هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ، الْحِلُّ مَيْتَتُهُ**"[1]، ولم يُفَصِّل.

(١) أخرجه مالك (٤٥). وابن أبي شيبة ١/١٣١ (١٤٠٢) قال: حدثنا حماد بن خالد. و«أحمد» ٢/٢٣٧ (٧٢٣٢) و٢/٣٩٣ (٩٠٨٩) قال: حدثنا عبد الرحمن (بن مهدي). وفي ٢/٣٦١ (٨٧٢٠) قال: حدثنا أبو سلمة. و«الدارمي» (٧٧٤ و٢١٤٢) قال: أخبرنا محمد بن المبارك قراءة. و«ابن ماجه» (٣٨٦ و٣٢٤٦) قال: حدثنا هشام بن عمار. و«أبو داود» (٨٣) =

لنا: أن هذه الأشياء ميتة وأنها من جملة الخبائث، فإن الطبع يستقذرها ويستخبثها والميتة والخبائث حرام بالنص إلّا أن السمك والجراد خرجا عن نص التحريم بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام: "**أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، السمك والجراد، والكبد والطحال**"(١) وحديثهم خبر واحد ورد مخالفًا للكتاب فلا يجب العمل به أو يجعل سابقًا على نص التحريم احتياطًا للحرمة ويقلب لا للنسخ فصار الحديث منسوخًا بالآية ولا يحل السمك الطافي خلافًا لمالك والشافعي(٢).

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**ما نضب عنه الماء فكلوه، وما لفظه الماء فكلوه، وما طفا فلا تأكلوه**"(٣) فصار هذا الحديث أصلًا.

=

قال: عبد الله بن مسلمة. و«الترمذي» (٦٩) قال: حدثنا قتيبة (ح) وحدثنا الأنصاري، إسحاق بن موسى، قال: حدثنا معن. و«النسائي» ١/٥٠ و١٧٦، وفي «الكبرى» (٥٨) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد. وفي ٧/٢٠٧، وفي «الكبرى» (٤٨٤٣) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا عبد الرحمن. و«ابن خزيمة» (١١١) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى الصدفي، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا بشر، يعني ابن عمر الزهراني. و«ابن حبان» (١٢٤٣ و٥٢٥٨) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا القعنبي.

عشرتهم: (حماد بن خالد، وعبد الرحمن بن مهدي، وأبو سلمة الخزاعي، ومحمد بن المبارك، وهشام بن عمار، وعبد الله بن مسلمة القعنبي، وقتيبة بن سعيد، ومعن بن عيسى، وعبد الله بن وهب، وبشر بن عمر) عن مالك بن أنس، عن صفوان بن سليم، عن سعيد بن سلمة، من آل ابن الأزرق، عن المغيرة بن أبي بردة، وهو من بني عبد الدار، أنه أخبره، فذكره.

(١) أخرجه أحمد ٢/٩٧ (٥٧٢٣) قال: حدثنا سريج. و«عبد بن حميد» (٨٢١) قال: حدثنا عمر بن يونس اليمامي، أبو حفص. و«ابن ماجه» (٣٢١٨ و٣٣١٤) قال: حدثنا أبو مصعب. ثلاثتهم: (سريج، وعمر بن يونس، وأبو مصعب) قالوا: حدثنا عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، فذكره.

(٢) انظر: رد المحتار على الدر المختار الشهير بابن عابدين ٥/١٨٩، والكافي ١/٦٤٧ ط. المكتب الإسلامي، والمغني ٨/٥٦٧، ٥٧٠، والدسوقي على الشرح الكبير ٢/١٠٣، ونهاية المحتاج ٨/١٠٦ ط. المكتب الإسلامي - دمشق.

(٣) الآثار عن جابر وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم في النهي عن أكل الطافي أخرجها ابن حزم في المحلى (٧/٣٩٤)، وأعلها بالضعف والانقطاع.

لنا: أن السمك إذا مات بسبب حادث يؤكل، وإن مات حتف أنفه لا يؤكل، وما انحسر عنه الماء أو نبذه على الحد فمات يؤكل؛ لأنه مات بآفة، وما مات من حرارة الماء أو برودته أو كدورته ففيه روايتان:

رُوي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يؤكل؛ لأن السمك لا يموت بسبب برودة الماء وحرارته غالبًا فيكون ميتًا بغير آفة ظاهرًا فلا يحل كالطافي.

ورُوي عن محمد أنه يؤكل لأنه مات بآفة؛ لأنه قد يموت بسبب برودة الماء وكدورته فيحال بالموت عليه وهذا أرفق بالنّاسِ(١).

وجد سمكٌ ميتٌ على الأرض يؤكل؛ لأنه ظهر سبب يصلح سببًا لموته وهو وقوعه على اليبس فيحال عليه.

أخذ سمكة فوجد في بطنها أخرى تحل كلاهما؛ لأن ما في بطنها مات بسبب الابتلاع وضيق المكان وهذه المسألة تدل على أنه إذا وجد سمكة في بطن سمكة طافٍ يحل ما في بطنه؛ لأن ما في بطنه مات بآفة.

روى محمد عن أبي حنيفة وهو قوله في (المنتقى) في السمكة توجد في بطن الكلب فشق بطن الكلب وأخرج فلا بأس بأكلها لما قلنا، ولو ألقى سمكة في جبّ

---

(١) قد يبدو أن المذاهب التي تحظر أكل الطافي من السمك تطمئن إليها النفس من الناحية الطبية أكثر، لأن السمكة الطافية التي ماتت حتف أنفها، وطفت فوق الماء قد تكون فسدت وتفسخت لمضي زمن على موتها كاف لفسادها، إذ لا يدرى متى كان موتها، فالطافي مظنة للفساد، فالتحرز عنه أليق بقواعد الشريعة التي حرمت الخبائث. وقد نص الفقهاء على عدم جواز أكل اللحم إذا فسد وقالوا: إن الحظر هنا لسبب طبي نظرا لضرره.

وقد يقال: إنه عند تعارض الأدلة من النصوص في حل الطافي وعدمه يحكّم الأصل، وهو الإباحة، من جهة الدليل الشرعي، ومجرد الطفو لا يستلزم الفساد، ولحالة الفساد حكمها الخاص وهو المنع للفساد لا لموتها وطفوها. وعندئذ يجب أن يلحظ في موضوع الطافي عند من يقول بحله قد عام تفرضه قواعد الشريعة ولا مجال للخلاف فيه، وهو ألا تكون السمكة الطافية قد بدت عليها آثار الفساد والتفسخ.

وهذا عندئذ معنى ما روي عن ابن عباس (كما في نيل الأوطار ١٤٧/٨) في بعض الروايات: "طعامه - أي البحر - ميتته إلا ما قذرت منها" أي استقذرت، فإن الاستقذار لحيوان تحل في الأصل ميتة إنما يكون لفساده وتفسخه بالمكث فتأمل.

أو مضيق حتى ماتت يحل لأنّها ماتت بسبب ضيق المكان عليها وكذا إذا أخذ سمكة فربطها في الماء فماتت تؤكل لأنها ماتت بسبب أنه وهو ضيق المكان وكذا إذا ماتت السمكة في الشبكة إن كان يمكنها أن تخرج منها لا تحل؛ لأنه بمنزلة ما لو ماتت في البحر وإلّا فيحل لأنها ماتت بآفة، وكذلك لو أكلت شيئًا ألقاه في الماء فماتت منه وذلك معلوم، وجد نصف سمكة في الماء يحل لأنها ماتت بآفة وهذا إذا علم أنه قطعها حجر وغيره فأمّا إذا علم أنه قطعها إنسان بسيف ونحوه لا تؤكل لأنها صارت ملكًا له، ولو أخذه حيًّا فألقاه في بركة فمات إن كان يمكن أخذه بلا اصطياد يحل وإلا فلا؛ لأنه أمكن موته بسبب ضيق المكان وإلا فحتف أنفه.

(المنتقى) روى هشام عن محمد سمكة بعضها في الماء وبعضها في الأرض ميّتة ينظر إن كان الرأس خارج الماء أكل؛ لأنه موضع النفس ونفس المائي يضيق ويحبس في البر كالبري في الماء فيكون ميتة بآفة، وإن كان في الماء، فإن كان ما في الأرض النصف أو أقل لم يؤكل؛ لأن موضع النفس في الماء فيكون الموت بغير آفة ظاهرا، وإن كان الأكثر من النصف أكل؛ لأن للأكثر حكم الكلِّ فصار كأن الكل على الأرض.

وروى هشام عن محمد: رجل اشترى سمكة في خيط مشدودة في ماء فقبضها المشتري ثم ناول المشتري الخيط للبائع وقال احفظها لي فجاءت سمكة أخرى فابتلعت هذه السمكة المشدودة فهي للبائع؛ لأنه هو الذي اصطادها وتخرج السمكة المشتراة من بطنها وتسلم إلى المشتري من غير خيار وإن نقصها الابتلاع لأن هذا نقصان حصل بعد القبض حتى لو لم يكن المشتري قبضها فله الخيار وإن نقصها الابتلاع، وإن كانت السمكة المشدودة ابتلعت أخرى فهما جميعًا للمشتري قبضها المشتري أو لم يقبض لأنه إنما صاد ملك المشتري فيكون له كما لو صاد كله.

(باب ما يحل من صيد البرّ وما لا يحل)

ما يعيش في البر فعلى نوعين:

- ما ليس له دم سائل.

- وما له دم سائل.

فما ليس له دم سائل فكله حرام إلا الجراد مثل الذباب والزنبور، وسائر هوام الأرض ما يدب عليها وما يسكن تحتها كالفأرة والوزغة واليربوع والقنفد والحيّة والعقرب ونحوها؛ لأنها من جملة الخبائث لأنها مستخبثة مستقذرة طبعًا، والخبائث حرام بالنصّ، ولا بأس بأكل الجراد سواء مات حتف أنفه أو بآفة، بأن أصابه المطر.

وقال مالك: لا يحل ما لم يقتله أو يقطع رأسه أو يشويه.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: "**أحلت لنا ميتتان ودمان: السمك والجراد...**" إلا أن السمك متى مات حتف أنفه صار مستثنى عن إطلاق هذا النص بما روينا وبقي الجراد على إطلاقه حلالًا مطلقًا.

وعن علي رضي الله عنه أنه سُئِلَ عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيه الميت وغيره؟ فقال: كُلْه كُلَّه.

فأمّا ما له دم سائل، فعلى ضربين: مستوحش ومستأنس:

فالمستأنس من البهائم لا يحل سوى الأنعام، وهي: الإبل والبقر والغنم؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [المائدة: ١] وقوله تعالى: ﴿وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَٰفِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ۝٥﴾ [النحل: ٥] واسم الأنعام في اللغة ينطلق على هذه الأنواع الثلاثة خاصة وقد اجتمعت الأمّة على ذلك، والخيل والبغال والحمير ذكرناها في كتاب الاستحسان.

وأمّا المتوحش من البهائم كالظباء وبقر الوحش وحمار الوحش ونحوه يحل لأنه ليس بذي ناب، وأمّا المستأنس من الطيور كالدجاج والبط يحل؛ لأنه ورد الحديث بأكلها وأجمعت الأمة على إباحتها، والبط الكَسْكَرِيّ(١) في حكم الدجاج؛ لأنه لا يتوحش.

(١) قوله: (الكسكري) بفتح الكافين نسبة إلى كسكر، قال في المغرب: ناحية من نواحي بغداد، وإليها ينسب البط الكسكري، وهو ما يستأنس به في المنازل وطيرانه كالدجاج، انظر: اللباب في شرح الكتاب ٢٠٢/١.

وأمّا المستوحش من الطيور والسّباع وهو الصيد فيحرم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطيور سوى الأرنب فذوو الناب من السباع: الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والفيل والدبّ والقرد واليربوع وابن عرس والسنور الأهلي والبري، وذو المخلب من الطير: الصقر والباز والنسر والعقاب والشاهين.

وقال الشافعي: لا بأس بأكل الضبع والثعلب لما رُوي أنه عليه السلام سُئِلَ عن الضبع فقال: "**تلك نعجة سمينة**"(١).

والصحيح قولنا؛ لما روى أبو الدرداء: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كُلِّ ذِي خِطْفَةٍ ونُهْبَة**(٢) **ومُجَثَّمَة**(٣)**، وعن أكل كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ، ومخلب من الطيور**(٤)"(٥).

---

(١) انظر: تبيين الحقائق بشرح كنز الدقائق ٢٩٥/٥.

(٢) (النُّهْبَة): الْمَال الْمَنْهُوب، وَالْمُرَاد بِهِ: الْمَأْخُوذ جَهْرًا قَهْرًا. فتح (١٨٠/١٩).

(٣) المُجَثَّمة: الحيوان يُنْصب ليكون هدفا للنبال والسهام حتى الموت.

(٤) قَالَ أَهْل اللُّغَة: الْمِخْلَب لِلطَّيْرِ وَالسِّبَاع بِمَنْزِلَةِ الظُّفُر لِلْإِنْسَانِ. شرح النووي على مسلم - (ج٦/ ص٤١٦).

قَالَ فِي شَرْح السُّنَّة: أَرَادَ بِكُلِّ ذِي نَابٍ: مَا يَعْدُو بِنَابِهِ عَلَى النَّاسِ وَأَمْوَالِهِمْ، كَالذِّئْبِ وَالْأَسَدِ وَالْكَلْب وَنَحْوهَا، وَأَرَادَ بِذِي الْمِخْلَبِ: مَا يَقْطَعُ وَيَشُقُّ بِمِخْلَبِهِ كَالنَّسْرِ وَالصَّقْرِ وَالْبَازِي وَنَحْوهَا. عون المعبود - (ج٨/ ص٣١٦).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٢١٢ و٢٠٢٢٧ و٢٤٨٢٠) قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. و«أحمد» ٣٦٦/٢ (٨٧٧٥) قال: حدثنا معاوية، قال: حدثنا زائدة. وفي ٤١٨/٢ (٩٤١٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. و«الترمذي» (١٤٧٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. وفي (١٧٩٥) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا حسين بن علي الجعفي، عن زائدة. و«أبو يعلى» (٥٩٥٢) قال: حدثنا وهب بن بقية، قال: حدثنا خالد بن عبد الله. وفي (٦١١٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب.

أربعتهم: (زائدة بن قدامة، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي، وخالد بن عبد الله، وعبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي) عن محمد بن عمرو بن علقمة، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، فذكره.

والضبع والثعلب ذو ناب من السّباع، والخطفة والنهبة ما يختطف وينتهب ويختلس من السّباع والطيور كالكلب والسّنور والحدأة والبازي.

وأمّا المجثمة رويت بالفتح والكسر، والمجثمة بالفتح الصيد الذي ختم عليه الكلب أو الفهد حتى مات عمًا فيكون حرامًا، والمجثمة بالكسر ما كان من عادته أن يختم على الصيد، والختم في اللغة وقوع الشيء على الشيء على سبيل الملازمة مأخوذ من قولهم: ختم الطائر على الأرض إذا وقع، وختم العسل معدنه أي لزمه.

والمعنى أن الاختطاف والانتهاب والعداء عادة للسباع وأنها أوصاف ذميمة وخيمة، فالشرع حرم أكلها لكيلا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة وضراوة شرور الطبيعة إلا الأكل كرامة وشرفا للآدمي.

قال أبو يوسف: السنجاب والقنفذ والسمور والدلق سبع كالثعلب؛ لأنه من ذوات الناب.

ويحل أكل الأرنب والعَقْعَق[1] والغراب الذي لا يأكل الجيف والسودانية والصعو والعصفور والخطاف والفاخِتة[2] والهدهد؛ لأنه ليس بذي ناب من السّباع ولا بذي مخلب من الطير، وقد ورد في الأرنب حديث خاص، وهو ما رُوي أن أعرابيًا أهدى أرنبًا مشويًا إلى النبي عليه السلام فأكل وأمر أصحابه بالأكل، ودعا الأعرابي إلى أكله، ولأنه من جملة السباع ولا يأكل الجيف بل يعتلف البقل والنبت.

ويكره الغراب الأَبْقَع[3] والغُدَاف[4] الأسود الذي يأكل الجيف؛ لأنه ذو مخلب من الطير.

---

(١) العَقْعَقُ: طائر من الفصيلة الغُرابيَة ورتبة الجواثم، وهو صَخَّاب، له ذَنَبٌ طويلٌ ومِنقارٌ طويل. والعرب تتشاءَمُ به.

(٢) الفاخِتةُ: واحدة الفَواخِتِ، وهي ضَرْبٌ من الحَمام المُطَوَّق.
قال ابن بري: ذكر ابن الجَوالِيقيّ أَن الفاختة مشتقة من الفَخْتِ الذي هو ظِلُّ القَمَر.
وفَخَّتَتِ الفاختةُ: صَوَّتَتْ. وتَفَخَّتَت المرأَةُ: مَشَتْ مِشْية الفاختة.

(٣) الأَبْقَع: الأَبرص.

(٤) الغُدَافُ: غراب أَسحمُ ضخم كبير الجناحين.

ويكره أكل الضب خلافًا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لقول عائشة رضي الله عنها: "أُهدي لنا ضب، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه، فجاءنا سائل فأردت أن أطعمها إياه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **أتطعمينها ما لا تأكلين**".

وعن عبد الرحمن بن حبشة أنه قال: نزلنا بأرض كثيرة الضباب فاصطدناها وإن القدور لتغلي فقال النبي عليه السلام: "**أَكْفِئُوهَا بما فيها**"(١).

(باب الاصطياد في الحرم)

ولا يؤكل ما ذبحه المحرم من الصَّيد وما أمر بذبحه ولا ما ذبحه الحلال في الحرم؛ لأن الشرع أخرجه من أن يكون محل الذبح بإضافة التحريم إلى عينه كالخنزير لما مر في المناسك الحلال إذا رمي إلى صيد فهو على أوجه: إمّا إن كان الرمي والإصابة في الحل أو كلاهما في الحل وبينهمَا طائفة من الحرم أو كلاهما في الحرم أو أحدهما في الحل والآخر في الحرم وفي كل وجهٍ، إما إن حصل الموت في الحل أو الحرم، فإن كان كلاهما في الحل والموت في الحل يحل أكله؛ لأن القتل صادق صيد الحل لا صيد الحرم، وإن مات في الحرم فلا جزاء عليه ويكره أكله استحسانًا.

وقال زفر: يحل أكله قياسًا؛ لأن الرمي والقتل حصلا في الحل؛ لأن زوال الروح يستند إلى وقت الجرح؛ لأنه أثر الجرح والحكم يستند إلى سببه، ولهذا جاز التكفير بعد الجرح قبل الموت فصار كأنّه مات وقت الإصابة والجرح، ولهذا لا يلزمه الجزاء.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٧٨/٨ (٢٤٨٢٧) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ١٩٦/٤ (١٧٩٠٩) قال: حدثنا أبو معاوية. وفي (١٧٩١١) قال: حدثنا يحيى بن سعيد (ح) وحدثنا وكيع. و«أبو يعلى» (٩٣١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وكيع. و«ابن حبان» (٥٢٦٦) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وكيع.

ثلاثتهم: (وكيع بن الجراح، وأبو معاوية الضرير، ويحيى) عن سليمان الأعمش، عن زيد بن وهب، فذكره.

لنا: أن وجوب الجزاء معلق بإزالة الروح وزوال الروح يستند وينتمي إلى الرمي والإصابة فهما حصَلا في الحل فلم يتحقق الفعل جناية فلا يلزمه الجزاء.

فأمّا إباحة الأكل معلق بإزالة الرّوح وخروج الدم المسفوح لا بمجرد إزالة الروح؛ لأن الذكاة لا تتم إلا بخروج الدم وخروج الدم المسفوح أمر معاين مشاهد لا يستند إلى ما قبل وجوده بل يقتصر على حال وجوده فلم يقع فعله ذكاة في الحل فلم يحل.

وأمّا إذا كان كلاهما في الحلّ وبينهما طائفة من الحرم ومات في الحل يحل ولا شيء عليه؛ لأن إزالة الروح وخروج الدّم المسفوح حصلا في الحل فوقع فعله ذكاة في الحل فيفيد الإباحة، وإن مات في الحرم لا يحل ولا جزاء عليه لما بينا كما إذا لم يكن بينهما طائفة من الحرم، وإن كان كلاهما في الحرم يلزمه الجزاء ويحرم سواء مات في الحل أو في الحرم؛ لأن الإصابة لاقت صيد الحرم فوجد أحد طرفي الذكاة وهو الجرح وإزالة الروح في الحرم فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم احتياطًا، وإن كان الرمي في الحل والإصابة في الحل والرأي في الحل والإصابة في الحرم يلزمه الجزاء ولا يحل، وعند زفر يحل؛ لأن الإصابة لاقت صيد الحل؛ لأن الأمن والحرمة للصّيد إنما يثبت بدخوله الحرم أو بإحرام الصائد ولم يوجد كلاهما، وإنما وجد نفوذ السهم ومروره في الحرم وهذا لا يوجب أمنًا للصيد كما لو مرَّ وبينهما طائفة من الحرم.

لنَا: أن الإصابة لاقت صيدًا آمنًا؛ لأن الصيد كما يستفيد الأمن بدخوله الحرم يستفيد الأمن بحرمة فعل الاصطياد؛ لأن تحريمه الاصطياد يأمن من التعرض كما لو كان الصائد محرما وقد حرم عليه الاصطياد بدخوله في الحرم، فإذا فوت الأمن يلزمه الجزاء.

ولو أرسل كلبه في الحل على صيد في الحل فطرده الكلب فأخذه في الحرم لا جزاء عليه ولا يؤكل، ولو رمى من الحل إلى صيد في الحل فأصابه في الحرم عليه الجزاء ولا يؤكل، والفرق أن إصابة السهم مضاف إلى الرامي لأنه لا اختيار للسهم

في الإصابة والرمي مباشرة للإتلاف فتضمن به، وإن لم يكن متعديا في المباشرة كالنائم إذا انقلب على مال إنسان، فأمّا إرسال الكلب يسبب للإتلاف؛ لأن الكلب مختار في العدو والأخذ وهو غير متعدّ في هذا التسبب فلا يضمن إلا أنه لا يؤكل لوقوع فعله ذكاة في الحرم لما بينا.

ولو زجر الكلب بعدما دخل الحرم فانزجر وأخذ الصيد فقتله فعليه الجزاء استحسانًا لا قياسًا؛ لأن مجرد الزجر لا عبرة به، فإن المسلم لو أرسل كلبا فزجره مجوسي يحل. وجه الاستحسان أنه متعد في تسببه وزجره؛ لأن زجره إعانة له على أخذ الصيد وللزجر حكم ابتداء الإرسال من وجه، فإن كلبا لو انفلت من يده فزجره فأصاب صيدًا يحل كأنه أرسله فوجب عليه الجزاء بالزجر احتياطًا كأنه أرسله ابتداء، ولو أرسل المجوسي كلبًا على صيد فزجره محرم فانزجر فقتل الصيد فعلى المحرم جزاؤه ولا يؤكل لما بينا.

ولو أرسل كلبًا على ذئب في الحرم فأصاب صيدًا لا جزاء عليه تميز له محرم نصب شبكة لذئب فوقع فيها ظبي لا شيء عليه؛ لأنه غير متعد في تسببه.

نصراني ذبح صيدا في الحرم لا يحل؛ لأنه ساوى المسلم في محليّة الذكاة وشرائطها لما يأتي، أخذه الحلال في الحرم وذبحه في الحل يحل ويكره؛ لأن الذبح لاقى صيدًا في الحل إلا أنه تمكن من هذا الذبح بأمر محظور وهو إخراجه من الحرم واستدامة اليد عليه والذبح وجد باختياره لا حكمًا لقيام يده عليه فلا يكون مضافًا على قيام يده عليه.

ولو أدى الجزاء ثم أكله لا يكره؛ لأن أداء الضمان يزيل الحظر عن الأخذ كما في الغصب وكذا إن أخذه في الحل ثم أدخله في الحرم ثم أخرجه؛ لأنه لما أدخله في الحرم التحق بصيد الحرم، ولهذا وجب إرساله، فإذا لم يرسله وأخرجه من الحرم فقد تمكن من ذبحه بقيام يده العادية المحظورة عليه فيكره أكله.

محرم أخذ صيدا فأرسله فأخذه حلال وذبحه لا يكره؛ لأنه يمكن من أخذه وذبحه ما هو مباح وهو أخذه في الحل.

ولو دفعه إلى حلال فذبحه يكره أكله؛ لأنه تمكن من ذبحه بما هو محظور وهو

دفع المحرم إليه، ولهذا وجب عليه الجزاء.

محرم أخذ صيدا وأدخله منزله في الحل فجاء بعض أهله فذبحه يكره، ويحل في رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قال أبو يوسف ومحمد لا يكره، وكذا لو انقلب الصيد من منزله فتبعه بعض أهله وقتله يكره، وكذا لو انقلب الصيد من منزله فتبعه بعض أهله وقتله يكره عند أبي حنيفة وعندهما لا يكره.

ولو انفلت من المحرم في الصحراء فذبحه إنسان لا يكره بالإجماع.

لهما: أن بالإرسال في بيته زالت يده عنه حقيقة وبقيت اليد الحكمية لكونه في بيته واليد الحكمية دون الحقيقية حتى لا يضمن باليد الحكمية ويضمن بالحقيقية فقيام يده الحكمية عليه وجب أن لا تجب الإباحة ليظهر انحطاط رتبته.

له: أن يده، وإن كانت زائلة عنه حقيقة لكن لما بقي له إمكان إعادة اليد إليه تكون قائمة عليه معنى ولا تعتبر زائلة عرفا وشرعا فتمكن من ذبحه بيد محظورة عادة فيكره بخلاف ما لو انفلت في الصحراء؛ لأنه لم يبق له إمكان إعادة اليد فلا تكون يده قائمة معنًى.

كتاب الذبائح

يحتاج إلى معرفة: تفسير الذكاة، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها.

أمّا تفسيرها:

فالذكاة في اللغة: مشتقة إما من الحدة يقال: سراج ذكي إذا كان نيرًا غاية فيكون في غاية من الحدة، ويقال: فلان ذكي إذا كان سريع الفهم والإدراك بحدة خاطره وفهمه، ويقال: مسك ذكي إذا كان طيب الرائحة يفوح منه الريح غاية.

وإما مشتقة من الطهارة فقال النبي صلى الله عليه وسلم[(١)]: "**دِبَاغُ الأَدِيمِ ذَكَاتُهُ**"[(٢)]، أي: طهارته، وقوله: "**ذَكَاةُ الأَرْضِ يُبْسُهَا**"[(٣)]، أي: طهارتها، وكلا المعنيين موجودان في الذكاة، فإن فيها حدة من حيث إنها مسرعة إلى الموت، وكذا يطهر الحيوان عن الدماء المسفوحة والرطوبات السائلة النجسة وأما ركنها فهو القطع والجرح؛ لأن الذكاة يوجد بها لتكون مسرعة إلى الموت مسيلة للدماء[(٤)].

وأما شرطها: فأربعة أشياء: آلة جارحة قاطعة لقوله صلى الله عليه وسلم: "مَا

---

(١) أخرجه أحمد (٤٧٦/٣ ط. المكتب الإسلامي) واللفظ له. وأخرجه أبو داود (٣٦٨/٤ ط. عزت عبيد الدعاس) والحاكم (١٤١/٤ ط. دار الكتاب العربي) وقال حديث صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي وهو من حديث سلمة بن المحبق.

(٢) انظر: رد المحتار على الدر المختار ١٣٧/١، وبدائع الصنائع ٨٦/١، وفتح القدير ٤٢١/٨، وشرح الزرقاني ٢٣/١، والمجموع ٢٤٥/١، ٢٤٦، والمغني ٧١/١، ومطالب أولي النهى ٥٩/١.

(٣) قال السخاوي: لا يصح مرفوعا وقد ذكره ابن أبي شيبة من قول محمد بن علي بن الحسين وابن الحنفية وأبي قلابة، وذكره عبد الرزاق من قول أبي قلابة بلفظ "جفوف الأرض ظهورها" (المقاصد الحسنة ص٢٢٠).

(٤) انظر: فتح القدير ١٣٨/١، ١٣٩، وروضة الطالبين ٢٩/١، وابن عابدين ٣١١/١، والمغني ٧٣٩/١ مع الشرح الكبير، والحطاب ١٥٨/١، ١٥٩.

خَزَقَ المعراض فكُلْ، وما لم يخزق فلا تأكل"[1]؛ لأنه وقيذ، ولأن الآلة إذا لم تكن جارحة قاطعة لا تكون مسيلة مسفحة للدم فلا تكون مطهرة فلا تكون ذكاة حقيقة وشرعًا.

والثاني: كون الذبائح حلالا في الحل ممن له ملة التوحيد إما اعتقادًا كالمسلم وإما دعوى كالكتابي لما نبين.

والثالث: كون المحلل من المحللات إما من كل وجه كمأكول اللحم أو من وجه كغير مأكول اللحم وهو ممّا يباح الانتفاع بجلده وشعره ونحو ذلك.

والرابع: التسمية عندنا لما يأتي.

وأمّا حكمها: فطهارة المذبوح وحل أكله في المأكول وطهارة غير المأكول للانتفاع لا بجهة الأكل لما مرّ في الصلاة والله أعلم.

(باب صفة الذكاة)

الذكاة نوعان: اختياري واضطراري.

فذكاة الاختيارية جرح مقدّر في محل مخصوص حالة القدرة، إما جرح مقدر لقوله صلى الله عليه وسلم[2]: "**ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكُلْ**".

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨٥٣١) عن ابن عيينة. و«الحميدي» (٩٣٩ و٩٤٠ و٩٤٢) مقطعا، قال: حدثنا سفيان. و«ابن أبي شيبة» ٣٥٨/٥ (١٩٩٤٦) قال: حدثنا محمد بن فضيل. وفي ٣٦٦/٥ (٢٠٠٠٢) قال: حدثنا عيسى بن يونس. وفي ٣٧٥/٥ (٢٠٠٦٩) قال: أخبرنا عبد الله بن نمير. و«أحمد» ٢٥٧/٤ (١٨٤٤٧) قال: حدثنا عبد الله بن نمير. وفي ٣٧٧/٤ (١٩٥٨٨) و٣٧٩/٤ (١٩٦٠٢) قال: حدثنا هشيم. و«ابن ماجه» (٣٢١٢) قال: حدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل. و«أبو داود» (٢٨٥١) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير. و«الترمذي» (١٤٦٧) قال: حدثنا نصر بن علي، وهناد، وأبو عمار، قالوا: حدثنا عيسى بن يونس. وفي (١٤٧٠) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان.
خمستهم: (سفيان بن عيينة، ومحمد بن فضيل، وعيسى بن يونس، وعبد الله بن نمير، وهشيم) عن مجالد بن سعيد، عن عامر الشعبي، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٣٨/٣ (٢٤٨٨) قال: حدثنا علي بن الحكم الأنصاري، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ١٤٢/٣ (٢٥٠٧) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا وكيع، عن سفيان. وفي ٧٥/٤ (٣٠٧٥) و٩١/٧ (٥٤٩٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي =

=

٩٢/٧ (٥٥٠٣) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرني أبي، عن شعبة. وفي (٥٥٠٦) قال: حدثنا قبيصة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٩٣/٧ (٥٥٠٩) قال: حدثنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا سفيان. وفي ٩٨/٧ (٥٥٤٤) قال: حدثنا ابن سلام، قال: أخبرنا عمر بن عبيد الطنافسي. و«مسلم» ٧٨/٦ (٥١٣٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى العنزي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان. وفي (٥١٣٤) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا وكيع، قال: حدثنا سفيان بن سعيد بن مسروق. وفي ٧٩/٦ (٥١٣٥) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن إسماعيل بن مسلم، ثم حدثنيه عمر بن سعيد بن مسروق. وفي (٥١٣٦) قال: وحدثنيه القاسم بن زكريا، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. وفي (٥١٣٧) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (٣١٣٧) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا المحاربي، وعبد الرحيم، عن سفيان الثوري (ح) وحدثنا الحسين بن علي، عن زائدة. وفي (٣١٧٨ و٣١٨٣) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا عمر بن عبيد الطنافسي. و«الترمذي» (١٤٩١م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان الثوري. وفي (١٤٩٢م و١٦٠٠م) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ١٩١/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٠) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. وفي ٢٢١/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٦٥) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا سفيان الثوري. قال شعبة: وأكبر علمي أني سمعته من سعيد بن مسروق، وحدثني به سفيان، عنه. وفي ٢٢٦/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٧٧) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، عن عمر بن سعيد. وفي ٢٢٨/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٣) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد، عن شعبة. وفي ٢٢٨/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٤) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: أنبأنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. وفي «الكبرى» (٤١١٠) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٤٨٢١) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم بن إسماعيل، ببست، قال: حدثنا أحمد بن عبد الله بن الحكم الكردي، بصري، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، عن سفيان الثوري. قال شعبة: وأكبر علمي أني سمعته من سعيد بن مسروق، وقال غندر: وقد سمعته من سفيان. وفي (٥٨٨٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا أبو عوانة.

=

وإما في محل مخصوص وهو ما بين اللبة واللحيين لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الذَّكَاةُ ما بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ**"(١) أي: موضع الذكاة هذا، وقد ذكر في (الجامع الصغير) ولا بأس بالذبح في الحلق كله أسفله وأوسطه وأعلاه؛ لأن ما بين اللبة واللحيين هو الحلق كله، ولأن كله مجمع العروق فصار حكم الكل غالبًا واحدًا، ثم الذكاة هي فري الأوداج، والأوداج أربعة: الحلقوم والمريء وهو مجرى النفس، والودجان وهي مجرى الدم، فإذا قطع الكل فقد أكمل الذكاة المسنونة(٢).

وإن قطع أي ثلثه منها جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: إن قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين جاز وإلا فلا(٣).

وقال محمد رحمه الله: ما لم يقطع الأكثر من كل واحد لا يحل.

وقال مالك والشافعي: يحل بقطع الحلقوم والمريء لمحمد أن الشرع علق الإباحة بقطع الأوداج وهو اسم جمع فمطلقه ينصرف إلى الثلث فصارت الإباحة معلقة بقطع الودجين والمريء نصًّا وبقطع الحلقوم اقتضاءً؛ لأنه لا يتهيأ قطع الأوداج بدون قطع الحلقوم إلا بجرح إلا أن الأكثر من كل واحد أقيم مقام الكل لحصول المقصود بقطع الأكثر من كل واحد وهو التوجيه وتسييل الدم.

لأبي يوسف: أن الحلقوم مجرى الطعام والشراب، والمريء مجرى النفس فما هو المقصود بقطع أحدهما لا يحصل بقطع الآخر؟ وما هو المقصود من قطع

=

سبعتهم: (سفيان بن سعيد الثوري، وعمر بن سعيد الثوري، وشعبة بن الحجاج، وأبو عوانة الوضاح، وعمر بن عبيد، وإسماعيل بن مسلم، وزائدة بن قدامة) عن سعيد بن مسروق، عن عباية بن رفاعة، فذكره.

(١) قال الزيلعي عنه: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الدارقطني عن أبي هريرة: «**ألا إن الذكاة في الحلق واللبة**» وإسناده ضعيف جدًّا. وأخرجه عبد الرزاق موقوفًا على ابن عباس وعلى عمر: «الذكاة في الحلق واللبة» (نصب الراية: ٤/١٨٥).

(٢) انظر: تكملة فتح القدير: ٨/٥٩ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥/٢٩٠ وما بعدها، الدر المختار: ٥/٢٠٧ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ٣/٢٢٧.

(٣) انظر: البدائع: ٥/٤١، تكملة الفتح: ٨/٥٢، اللباب مع الكتاب: ٣/٢٢٥ وما بعدها، الشرح الكبير: ٢/٩٩.

الودجين؟ وهو تسييل الدم المسفوح يحصل بقطع أحدهما فيكتفى بقطع أحدهما.

لأبي حنيفة: أن قطع هذه الأشياء شرع لإزالة الروح وتسييل الدم المسفوح لا لعينها، فإزالة الروح على سبيل التوجيه إن حصل بقطع الحلقوم والمريء فيسيل الدم لا يحصل إلّا بقطع أحد الودجين، فأمّا ما هو المقصود من قطع الحلقوم والمريء وهو توجيه الموت يحصل بقطع أحدهما؛ لأن مجرى النفس متى انقطع أو مجرى الطعام والشراب متى انقطع يموت من ساعته فقام الثلث منها مقام الكل في تحصيل المقصود.

وإن حزّ عنق شاة بسيف من قبل الأوداج وسمى يحل؛ لأنه أتى بالذكاة وزيادة وقد أساء لأنه جاوز النخاع وقد "**نَهَى النبي صلى الله عليه وسلم أَنْ تُنْخَعَ الشَّاةُ إِذَا ذُبِحَتْ**"[(١)]، وإن حزّ مما يلي القفا إن ماتت قبل قطع الأوداج لا تحل وبعده تحل لأن الذكاة إنما تحصل بقطع الأوداج وهي حية.

واختلفوا في تفسير النخع؛ قيل: أن يبالغ في الذبح حتى تنتهي الشفرة إلى النخاع وهي عروق في القفا، وقيل: النخع أن يمد برأسه حتى يظهر حلقه ومذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وأي ذلك ما كان فهو مكروه لما فيه من زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة فعلى هذا لو سلخ قبل أن تبرد ذكر الكرخي أنه لا بأس به؛ لأنه لا يوجد فيه ألم.

وقال بعض مشايخنا: يكره؛ لأن الحرارة فيه أثر شيء من الحياة ويكره أن يضجع الشاة ثم يحدّ الشفرة؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نظر إلى رجل قد أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهي ملاحظة فقال: "**لقد أردت أن تميتها ميتات هلا حددتها قبل أن تضجعها**" وإنما نهى عن ذلك؛ لأن الشاة تعلم بطبعها ماذا يفعل بها فمتى أحدّ الشفرة وهي تلاحظه كان ذلك زيادة تعذيب لها بلا فائدة. ثم الآلة على ضربين قاطعة وفاسخة فالقاطعة على ضربين حادة وكليلة فالحادّة يجوز الذبح

---

(١) حَدِيث: "نَهَى رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تَنْخَعَ الشَّاه إِذَا ذُبِحَتْ". وَرَدَ بِلَفْظ: "نَهَى رَسُول اللَّهِ عَلَى عَنِ الذَّبِيحَةِ أَنَّ تُفْرَس قَبل أَنْ تَمُوتَ". أَخْرَجَهُ ابْن عَدِيّ فِي الْكَامِل ٤/١٣ وَالْبَيْهَقِيّ فِي السُّنَن (٩/٢٨٠ ط. دَائِرَة الْمَعَارِفِ الْعُثْمَانِيَّة) مِنْ حَدِيثِ ابْن عَبَّاسٍ، وَقَدْ فَسَّرَ فِي رِوَايَةِ ابْن عَدِيّ بِقَوْلِهِ فِيهَا: يَعْنِي أَنَّ تَنَخُع. وَقَال الْبَيْهَقِيّ: وَهَذَا إِسْنَاد ضَعِيف.

بها من غير كراهة حديدا كان أو غير حديد كما لو ذبح بالليطة[1] أو بالمروة أو بالشقة العصا أو بالعظم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكُلْ**" والإنهار الإسالة يقال: استنهر النهر إذا سال ماؤه، والإفراء: القطع، والكليلة يجوز الذبح بها ويكره لما فيها إبطاء في الإراقة والإماتة فتكون فيه زيادة تعذيب للحيوان، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: "**وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ**"[2]، ولو ذبح بسنّ أو ظفر منزوع يحل ويكره[3].

وقال الشافعي: لا يحل لقوله عليه السلام: "**كل مَا أنهر الدم وأفرى الأوداج**

---

(١) واحدة الليط وهي القشرة الرقيقة للقصبة.

(٢) أخرجه «مسلم» ٧٢/٦ (٥٠٩٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية. وفي (٥٠٩٧) قال: وحدثناه يحيى بن يحيى، قال: حدثنا هشيم (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الوهاب الثقفي (ح) وحدثنا أبو بكر بن نافع، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، قال: أخبرنا محمد بن يوسف، عن سفيان (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن منصور. و«ابن ماجه» (٣١٧٠) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب. و«أبو داود» (٢٨١٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا شعبة. و«الترمذي» (١٤٠٩) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا هشيم. و«النسائي» ٢٢٧/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٧٩) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل. وفي ٢٢٩/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٦) قال: أخبرنا الحسين بن حريث، أبو عمار، قال: أنبأنا جرير، عن منصور. وفي ٢٣٠/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٨) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن زريع (ح) وأنبأنا عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا غندر، عن شعبة. وفي «الكبرى» (٨٦٠٤) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة، عن منصور. و«ابن حبان» (٥٨٨٣) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا مسدد، عن خالد بن عبد الله. وفي (٥٨٨٤) قال: أخبرنا محمد بن علي الصيرفي، بالبصرة، قال: حدثنا الفضيل بن الحسين الجحدري، قال: حدثنا يزيد بن زريع.

تسعتهم: (سفيان الثوري، وحفص بن غياث، وإسماعيل ابن علية، وهشيم بن بشير، وشعبة بن الحجاج، وعبد الوهاب الثقفي، ومنصور بن المعتمر، ويزيد بن زريع، وخالد بن عبد الله) عن خالد الحذاء.

(٣) انظر: البدائع ٧٨/٥، والفتاوى الهندية ٣٠٠/٥.

ما خلا السن والظفر والعظم فإنها مدى الحبشة".

لنا: أن الذبح حصل ما له جارحة قاطعة وهي غير الذابح فيقع الذبح، بعظم الآلة وبضعها إلا باعتماد الذبح وقوّته على الذبيح فيفيد الإباحة كما لو ذبح بالليطة، وأمّا حديثه فالمراد بقوله: ما خلا السن والظفر القائم دون المنزوع؛ لأنه يراد بذكر السن والظفر مطلقًا القائم لا المنزوع بل المنزوع يذكر مقيدًا فيقال: سن مقلوع وظفر منزوع ولأنه قال: مدى الحبشة والحبشة كانوا يذبحون بالقائم إظهارًا للجلادة ولأن هذا نهي لمعنى في غيره وهو زيادة تعذيب الحيوان بسبب ضعف الآلة فيوجب الكراهة دون حرمة الذبيحة.

وأما ذكاة الاضطرار فهي جرح في أي محل إصابة وهي مشروعة حالة العجز عن الذكاة الاختيارية حتى لو رمى إلى البعير والبقر الناد في الصحراء أو في المصر فقتله يحل خلافًا لمالك، لما روى رافع بن خديج أن بعيرا من إبل الصدقة قد فر فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال عليه السلام: "**إن لها أَوَابِدَ**(١) **كَأَوَابِدِ الْوَحْشِ**"(٢)

---

(١) جَمَعَ آبِدَة، وَهِيَ الَّتِي قَدْ تَأَبَّدَتْ، أَيْ: تَوَحَّشَتْ، وَنَفَرَتْ مِن الْإِنْس. شرح سنن النسائي - (ج٦/ ص٤٦)

(٢) أخرجه «البخاري» ٣/١٣٨ (٢٤٨٨) قال: حدثنا علي بن الحكم الأنصاري، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ٣/١٤٢ (٢٥٠٧) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا وكيع، عن سفيان. وفي ٤/٧٥ (٣٠٧٥) و٧/٩١ (٥٤٩٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ٧/٩٢ (٥٥٠٣) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرني أبي، عن شعبة. وفي (٥٥٠٦) قال: حدثنا قبيصة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧/٩٣ (٥٥٠٩) قال: حدثنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧/٩٨ (٥٥٤٤) قال: حدثنا ابن سلام، قال: أخبرنا عمر بن عبيد الطنافسي. و«مسلم» ٦/٧٨ (٥١٣٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى العنزي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان. وفي (٥١٣٤) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا وكيع، قال: حدثنا سفيان بن سعيد بن مسروق. وفي ٦/٧٩ (٥١٣٥) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن إسماعيل بن مسلم، ثم حدثنيه عمر بن سعيد بن مسروق. وفي (٥١٣٦) قال: وحدثنيه القاسم بن زكريا، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. وفي (٥١٣٧) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (٣١٣٧) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا المحاربي، =

أي لها توحشًا كتوحش الوحش، فإذا فعلت شيئًا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه ولأن الذبح في غير المذبوح أقيم مقام الذبح عند تعذّر الذبح لحاجة العباد، وإن أصاب قرنه أو ظلفه إن أدماه وخلص إلى اللحم يحل وإلّا فلا؛ لأن الذكاة تصرف في محل الحياة فمتى خلصت إلى موضع فيه حياة حل وإلا فلا، فإذا أدماه فقد وصل الجرح إلى محل الحيَاة وهو اللحم وإذا لم يُدْمِ لم يصل إلى اللحم فلا يحل والشاة إن ندت في الصحراء تحل بالعقر، وإن ندت في المصر لا تحل بالعقر؛ لأن في المصر يمكن أخذها ولا يخاف منها ولا يقع العجز عن حقيقة

=

وعبد الرحيم، عن سفيان الثوري (ح) وحدثنا الحسين بن علي، عن زائدة. وفي (٣١٧٨ و٣١٨٣) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا عمر بن عبيد الطنافسي. و«الترمذي» (١٤٩١م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان الثوري. وفي (١٤٩٢م و١٦٠٠م) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ١٩١/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٠) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. وفي ٢٢١/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٦٥) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا سفيان الثوري. قال شعبة: وأكبر علمي أني سمعته من سعيد بن مسروق، وحدثني به سفيان، عنه. وفي ٢٢٦/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٧٧) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، عن عمر بن سعيد. وفي ٢٢٨/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٣) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد، عن شعبة. وفي ٢٢٨/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٤) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: أنبأنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. وفي «الكبرى» (٤١١٠) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٤٨٢١) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم بن إسماعيل، ببست، قال: حدثنا أحمد بن عبد الله بن الحكم الكردي، بصري، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، عن سفيان الثوري. قال شعبة: وأكبر علمي أني سمعته من سعيد بن مسروق، وقال غندر: وقد سمعته من سفيان. وفي (٥٨٨٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا أبو عوانة.

سبعتهم: (سفيان بن سعيد الثوري، وعمر بن سعيد الثوري، وشعبة بن الحجاج، وأبو عوانة الوضاح، وعمر بن عبيد، وإسماعيل بن مسلم، وزائدة بن قدامة) عن سعيد بن مسروق، عن عباية بن رفاعة، فذكره.

ذكاتها وخارج المصر لا يمكن أخذها فيتحقق العجز عن ذكاتها بخلاف الإبل والبقر؛ لأنه قد يتحقق العجز عن ذكاتها في المصر؛ لأن الإبل تدفع عن نفسها بمشفرها ونابها والبقر بقرنها فيخاف القتل منها والمتردي في بئر لا يقدر على ذكاته بمنزلة الصيد؛ لأنه يتعذر ذبحه وهذا إذا لم يتوهّم موته من الماء لما بينا.

وذكر في (المنتقى): بعير تردّى في بئر فوجأه وجأة يعلم أنه لا يموت منها فمات لا يؤكل؛ لأن الجرح ليس بذكاة، وإن كان مشكلا أكل؛ لأن الجرح سبب الموت فيحال بالجرح عليه، وذكر فيه أيضًا: البعير إذا صال على رجل فقتله وهو يريد بذلك الذكاة حل إذا كان لا يقدر على أخذه؛ لأن الصيال بمنزل الندّ والشرود في حق العجز عن الذكاة. أبان رأس الصيد يحل أكله؛ لأن الأوداج تنقطع بإبانة الرأس فيكون ذبحًا وإن أبان منه غير الرأس فمات يحل كله إلا ما بان منه، وقال ابن أبي ليلى والشافعي: يحل المبان أيضًا.

والصحيح قولنا: لقوله صلى الله عليه وسلم: **"ما أبين من الحي فهو ميت"**[(١)] وهذا مبان من الحي؛ لأن الجزء المبان فاتت حياته قبل فوات الحياة من الأصل وقيل صيرورة الفعل ذكاة في الأصل فيكون ميتة وحين صار الفعل ذكاة في الأصل كان الجزء المبان ميتا فلا يظهر حكم الذكاة فيه ولا كذلك إبانة الرأس؛ لأنه لا يتصوّر حيَاة الجسد مع إبانة الرأس، وإن تعلق منه بجلده، فإن كان يلتئم ويندمل لو تركه حل أكله وإلا فهو مبان؛ لأنه إذا لم يتوهم الالتئام والاندمال لا يتصور حياته بحياة الأصل فيكون مبانًا في الحي.

ولو قطع الصيد بنصفين طولًا أو عرضًا حل كلاهما؛ لأنه لا يتصور بقاء أحد النصفين حيًّا دون الآخر فحصل الموت في الكل بهذا الفعل فكان الفعل ذكاة للكل فيصير الكل مذكى ذكاة الاضطرار، وكذلك إن أبان الثلث مما يلي الرأس؛ لأن ما بين الرأس إلى العنق لا يتوهم حياة الباقي بعد هذا القطع لأن الأوداج متصلة من القلب إلى الدماغ، وإن كان الثلث ممّا يلي العجز لم يؤكل ذلك الثلث ويؤكل

---

(١) رواه الحاكم وصححه على شرط الشيخين وأحمد وأبو داود والترمذي عن ابن عمر بلفظ **«ما قطع من حي فهو ميتة»** أو **«ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة»** (نيل الأوطار: ٨/١٤٦).

الباقي لأنه لا يتصور حياة الباقي بعد هذا القطع؛ لأنه لا يقطع الأوداج فكانت ذكاته ذكاة الاضطرار فتكون ذكاة عند الموت فيكون الجزء المبان فاتت حياته قبل الذكاة فيكون ميتة.

ولو أبان طائفة من رأسه إن كان أقل من نصفه لا يحل المبان ويحل الباقي، وإن كان نصفه يحل كلاهما؛ لأن الأوداج متصلة بالدماغ فلا تصير مقطوعة بقطع الأقل فتكون ذكاة الاضطرار فيكون ذكاة عند الموت فلا يحل المبان قبل الموت وتصير العروق مقطوعة بقطع النصف فصار ذكاة كالذبح في المذبح المتردية والمنخنقة والنطيحة والموقوذة والشاة المريضة ومشقوقة البطن إذا ذبحت ينظر إن كان فيها حياة مستقرة حلت بالذبح بالإجماع، وإن لم تكن الحياة فيها مستقرة تحل بالذبح سواء عاش أو لا يعيش عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعليه الفتوى.

وقال أبو يوسف: إن كان فيها من الحياة ما تعيش مثلها تحل بالذكاة وإن كان لا يعيش مثلها لا تحل.

وقال محمد: إن بقي حيًا أكثر من بقاء المذبوح بعد الذبح يحل بالذكاة.

لمحمد: أن هذا القدر من الحياة معتبر شرعا ولا يعتبر ميتًا بدليل أنه لما طعن عمر رضي الله عنهُ وشرب اللبن فخرج من إحدى طعانه فتيقن بذلك من حضره من الصحابة أنه ميت منه لا محالة فقال له أوص ما كنت موصيا فوالله ما تراك تمشي فعهد إليهم عهودا وأوصى بوصايا وقد صححوا ذلك منه وعدوه حيًا.

لأبي يوسف: أنه متى حل به سبب قاتل ينفر فلا عبرة لما بقي فيه من الحياة؛ لأن شيئًا من المنافع المطلوبة من الإحياء لا يحصل بهذا القدر من الحياة فلا يعد حياة كما لو بقي رمق إلا أن في الآدمي اعتبرناه حيًا إعظامًا لقدرة حتى يتدارك ما فرط في حياته، ألا ترى أن رجلًا لو وجأه إنسان ما تبين قصبه حتى بان جسده ثم قتله إنسان فلا شيء على قاتله.

لأبي حنيفة: أن الحياة موجودة حقيقة فيكون محلًا قابلا للذكاة إذ الذكاة شرعت لتسييل الدم وقد حصل بهذه الذكاة فتكون ذكاة معتبره شرعا، وذكر في

البرامكة رجل ذبح شاه وقيدها إن كان أكثر رأيه أنها حية أكلت وإلا فلا وإن تحركت أكلت؛ لأن الميت لا يتحرك.

وذكر محمد بن مقاتل: إن تحركت ولم يخرج منها الدم أكلت، وإن خرج الدم ولم تتحرك لم تؤكل لأن عقيب موتها لا ينجمد الدم فيجوز خروج الدم بعد الموت وإذا تحركت حكمنا بحياتها؛ لأن الميت لا يتحرك ويجوز أنها قد فزعت وتجمد الدم فيها فلم يخرج منها، ومن ذبح شاة على سطح فاضطربت فوقعت وماتت يحل؛ لأنها صارت مذكاة بقطع الحلقوم والأوداج وقد تيقنا بموتها بالذبح فصارت بمنزلة قطعة اللحم.

الجنين لا يحل بذكاة الأم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهم يحل.

لهم: أن الجنين حيوان لا يمكن تحقيق فعل الذكاة فيه أصلًا فوجب أن تقام ذكاة الأم مقام ذكاة الجنين عند تحقيق العجز عن ذكاته باعتبار الحاجة كما أقيم الجرح في سائر الأعضاء مقام الذبح في المذبح في البعير الناد أو المتردي في البئر للحاجة بل أولى؛ لأن العجز عن سبب الاختيار فوق العجز عن الذكاة بالند والتردي وذكاة الأم في إزالة الحياة عن الجنين أبلغ من الجرح في الناد وأنه متصل بالأم اتصال خلقة بمنزلة سائر أجزائها فلأن يعتبر ذكاة الأم ذكاة له أولى.

له: أن الدم قائم في الجنين بدليل أنه لو انفصل حيا وذبح من ساعته يخرج منه دم كثير وذلك يدل على وجود الدم فيه قبل الانفصال وذبح الأم ليس بسبب لخروج الدم عن الجنين؛ لأن عروقه غير متصلة بعروق الأم بدلالة تصور بقائه حيا بعد ذبح الأم.

ولو كانت عروقه متصلة بعروق الأم لخروج دمه بذبح الأم؛ لأنه مائع سائل لا يستمسك بعد انفتاح المنفذ والحيوان لا يبقى حيًا عادة بعد خروج الدم منه وقد يتصور بقاؤه حيًا بعد ذبح الأم دل أن الدم فيه قائم والدم حرام فلا يحل تناوله كما لو انفصل حيا ثم مات.

(النوادر): بقرة تعسر عليها الولادة فأدخل رجل يده وجرح الجنين في غير المذبح إن لم يقدر على مذبحه حل؛ لأنه عجز عن الذكاة الاختياري كالإبل إذا وقعت في البئر وإن قدر لا يحل؛ لأنه لم يعجز، ويكره ذبح شاة حامل إذا تقاربت الولادة؛ لأنه تضييع ما في بطنها فلا فائدة وهذا يتأتى على قول أبي حنيفة، فأمّا عندهما فلا يكره.

دجاجة لرجل تعلقت بشجرة لا يصل إليها صاحبها ويخاف عليها الموت فرماها تؤكل؛ لأنه عجز عن الذكاة الاختياري.

رجل له حمامة فرماها وأصابها ينظر إن كان لا يهتدي إلى منزله أكل؛ لأنه عجز عن الذكاة الاختياري. وإن كان يهتدي ذكر أبو الليث في (نوازله): إن أصاب المذبح يحل وإن أصاب موضعًا آخر اختلفوا فيه.

وقد نص محمد في (النوادر): أنه لا يحل وهو مذكور في (العيون) أيضًا؛ لأنه إذا كان يهتدي إلى منزله يأوي إلى منزله فيقدر على الذكاة الاختياري، ألا ترى أن ظبيا ألف في البيت فخرج إلى الصحراء فرماه رجل، فإن أصاب المذبح يحل وإلا فلا إلا أن يتوحش ولا يؤخذ إلا بصيد. رجل ذبح شاة مريضة فلم يتحرك منها شيء إلا فاها، قال محمد بن سلمة: إن فتحت فاها لم تؤكل، وإن ضمت فاها تؤكل، وإن فتحت عينها لا تؤكل، وإن غمضت عينها تؤكل، وإن مدت رجلها لا تؤكل، وإن قبضت رجلها تؤكل، وإن نام شعرها لا تؤكل، وإن قام تؤكل وهذا إذا لم يدر أنه حي وقت الذبح ليكون هذا علامة الحيَاة، وإن علم أنه حي وقت الذبح يحل بكل حال لما بينا.

(باب التسمية على الذبيحة)

إذا ترك التسمية على الذبيحة عامدًا لم يحل خلافًا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] وهذا لم يذكر اسم الله عليه؛ لأن الذكر عليه لا يكون إلا بالذكر باللسان، فإنه يقال ذكر عليه إذا ذكره باللسان وإذا ذكره بقلبه يقال ذكره غير مقرون بكلمة على ولأن في الحمل في الذكر بالقلب تعطيل النصِ وإهماله؛ لأنه يؤدي إلى حل متروك التسمية عامدًا وناسيًا وهذا لا يجوز.

وإن تركها ناسيًا يحل؛ لأن النبي عليه السلام سئل عن من ذبح وترك التسمية

ناسيًا فقال: "كلوه"، فإن ذكر اسم الله تعالى في قلب كل امرئ مسلم ولأن الشرع أقام اعتقاد التسمية مقامها في حق الناسي المعذور ولم يوجد منه قصد الترك لا يدل على إقامة اعتقاد التسمية مقامها في التعمد لترك التسمية المعرض عنها.

ولو ذبح شاتين وسمى على الأولى دون الثانية يحل الأولى دون الثانية.

ولو رمى سهمها إلى صيد فأصاب صيودا كفاه تسمية واحدة والفرق أن الإرسال إلى الصيد ذكاة، فإذا اتحد الإرسال تكفيه تسمية واحدة وإن حصل به ذكاة حيوان كثيرة، فأمّا ذبح الشاة الثانية ذكاة جديدة فلا بد من تسمية جديدة حتى لو أضجع شاتين إحداهما على الأخرى وذبحهما بحدة واحدة بخلاف تسمية واحدة، ولو أضجع شاة ليذبحها سمى ثم ألقى ذلك السكين وأخذ سكينا آخر وذبح به لا بأس به بخلاف ما لو أخذ سهمًا وسمى فوضع ذلك ورفع آخر ولم يسم لم يحل؛ لأن التسمية في ذكاة الاختيار مشروعة على الذبيح لا على الآلة والذبيح لم يتبدل وفي ذكاة الاضطرار التسمية مشروعة على الآلة لا على المرمى إليه والآلة قد تبدلت.

وروي عن أبي يوسف فيمن اضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبح بتلك التسمية لم يجز، ولو رمى إلى صيد فأصاب آخر يحل لما بينا. سمى واشتغل بفعل آخر إن كان قليلًا ما لو كلم إنسانا أو شرب ما يحل، وإن كان طويلا فلا؛ لأن إيقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن إلا بخرج فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس فيكون مذبوحًا على التسمية والكثير يقطع فينفصل بينهما فيكون مذبوحا بغير تسمية.

ولو قال: بسم الله حل نوى أو لم ينو؛ لأنه صريح في التسمية وظاهر حاله يدل على أنه أراد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها ما لم توجد نية الصرف عنها حتى لو أراد به التسمية لافتتاح العمل لا يحل؛ لأنه لم يسم عليه لما أراد به التسمية على غيره كمن قال الله أكبر وأراد إجابة الأذان لا افتتاح الصلاة لم يصر شارعا فيها.

ولو سبح أو حمد الله أو كبر يريد به التسمية على الذبيحة تحل وإلا فلا؛ لأن

هذه الألفاظ كناية عن التسمية فالكناية إنما تقوم مقام الصريح بالنية.

ولو أشرك في التسمية غير الله تعالى بأن قال باسم الله وباسم محمد أو ومحمد رسول الله بالخفض تحرم؛ لأنه أُهِلَّ لغير الله فصار ميتة لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣].

ولو قال: بسم الله ومحمد رسول الله بالرفع تحل؛ لأنه أراد به الاستئناف والابتداء دون العطف، ولو قال: بسم الله بغيرهاء الله، إن أراد به التسمية تحل وإلا فلا؛ لأن العرب قد تحذف حرفا ترخيما، ولو قال: بسم الله محمد رسول الله يحل ويكره؛ لأنه لم يعطفه عليه فقد جرّد التسمية ولم يشركه فيها، وكذا لو قال: بسم الله وصلى الله على محمد، وكذا لو قال: بسم الله اللهم تقبل من فلان يحل ويكره؛ لأن فيه إبهام الإهلال بغير الله تعالى، ولو قال قبل الذبح أو بعده: اللهم تقبل من فلان فلا بأس به؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول: **"تقبل هذه عن أمة محمد ممن يشهد بالوحدانية لك ولي بالبلاغ"**.

(باب معرفة أهلية الذكاة)

يجب أن يكون الذابح من أهل الملة التي يقر عليها ويعقل التسمية ويضبطه ويقدر على الذبح؛ لأن الظاهر من حال العاقل المتدين أن يأتي باسم الله تعالى عند الذبح إذ كل متدين معتقد يجري على موجب اعتقاده حتى يحل ذبيحة المرأة المسلمة والكتابية والصبي إن كان يقدر على الذبح ويعقل التسمية لاستجماع شرائط الذبح، وإن كان الصبي لا يعقل التسمية لا يحل؛ لأنه لا يصلح منه الإسلام وسائر التصرفات، وكذلك السكران والمجنون إذا لم يعقلا الذبح والتسمية، ويحل ذبيحة الأخرس؛ لأن ملة التوحيد فيمن يعقل التسمية أقيمت مقام التسمية حالة العجز كما في الناسي بخلاف الصبي، فإنه وإن عجز عن التسمية ولكن لا تعقل التسمية والنص إنما ورد بإقامة الملة مقام التسمية فيمن لا يعقل قياسًا ويحل صيد الكتابي وذبيحته لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] جعل

طعام الكتابي حلالا لنا مطلقًا، وإن سمى النصراني المسيح وسمعه المسلم لم يأكل منه؛ لأنه أهل به لغير الله.

ولو قال: بسم الله وهو يعني بقول الله المسيح يجري اعتبارًا للظاهر ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته ولا بأس بطعامهم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**سُنُّوا بالمجوس سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ**"(١)؛ لأن المجوس يدعون لِاثْنَيْنِ فلا يصح بينهم التسمية على الخلوص وهو شرط حل الذبيحة بخلاف أهل الكتاب فإنهم يظهرون التوحيد ويدّعون الإخلاص(٢).

وإن كانوا يضمرون في ذلك شركًا، والمرتد كالمجوسي؛ لأنه لا ملة له؛ لأن الملة التي كان عليها تركها والتي انتقل إليها لا يقر عليها وكان أسوأ حالا من المجوسي ويحل صيد المجوسي والمرتد السمك والجراد وما لا يحتاج إلى الذكاة؛ لأن حله غير منوط بالتسمية. مجوسي تهوّد أو تنصر حلت ذبيحته؛ لأنه صار له ملة يقر عليها.

أحد أبويه مجوسي والآخر يهودي تحل ذبيحته؛ لأنه يتبع خير الأبوين دينًا فيحكم بكونه كتابيًا كالمتولد بين كافر ومسلم حكم بكونه مسلمًا، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) أورده ابن حجر في التلخيص (١٧٢/٣) وعزاه إلى عبد الرزاق وقال: هو مرسل وفي إسناده قيس بن الربيع وهو ضعيف، وأخرجه البيهقي من حديث الحسن بن حمد بن علي بلفظ "**كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه، ومن أبى ضربت عليه الجزية على أن لا تؤكل لهم ذبيحة ولا تنكح لهم امرأة**" قال البيهقي: هذا مرسل وإجماع أكثر المسلمين عليه يؤكده (السنن الكبرى ١٩٢/٩).

(٢) انظر: تبيين الحقائق: ٥/٢٨٧، البدائع: ٥/٤٥، الدر المختار: ٢٠٩، بداية المجتهد: ١/٤٣٨، مغني المحتاج: ٤/٢٦٦، المغني: ٨/٥٧٠.

كتاب الأضحية[1]

يحتاج إلى معرفة الأضحية: أنها واجبة أم سنة، وإلى معرفة شرائط وجوبها، وشرائط أدائها.

أما الأول: فالأضحية واجبة على كل مقيم موسر من أهل الأمصار والقرى والبوادي.

وقال الشافعي: سنة، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف لقوله عليه السلام: "**ثلاث كتبت علي وهي لكم سنة: الوتر، والضحى، والأضحى**"[2].

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: "**إن الله تعالى أوجب على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة**"[3]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ وَجَدَ سَعَةً وَلَمْ يُضَحِّ فَلَا يَقْرَبَنَّ مُصَلَّانَا**"[4]، ومثل هذا الوعيد لا يلحق إلا بترك الواجب وإطلاق اسم السنة عليه لا ينفي الوجوب؛ لأن السنة عبارة عن الطريقة، وطريقة النبي صلى الله عليه وسلم قد تكون واجبة وقد تكون سنة، ولا يجب على المسافرين لقوله عليه السلام: "**ليس على المسافر جمعة ولا تشريق ولا أضحية**"[5] ولأن السفر موثر في التخفيف

---

(١) انظر: تكملة فتح القدير: ٨/٦٧، اللباب شرح الكتاب: ٣/٢٣٢، تبيين الحقائق: ٦/٢، البدائع: ٥/٦٢.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى ٥/٣٠، طبع المكتب الإسلامي، والخصائص الكبرى ٣/٢٥٣، وحديث ابن عباس: "**ثلاث كتبت علي...**" أخرجه الدارقطني وغيره، وقال عنه ابن حجر: في تلخيص الحبير ٣/١١٨، الحديث ضعيف من جميع طرقه.

(٣) أخرجه أحمد (٤/٢١٥، رقم ١٧٩٢٠)، وأبو داود (٣/٩٣، رقم ٢٧٨٨) والترمذي (٤/٩٩، رقم ١٥١٨) والنسائي (٧/١٦٧، رقم ٤٢٢٤) وابن ماجه (٢/١٠٤٥، رقم ٣١٢٥).

(٤) أخرجه أحمد ٢/٣٢١ (٨٢٥٦) قال: حدثنا أبو عبد الرحمن. و«ابن ماجه» (٣١٢٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا زيد بن الحباب.

كلاهما: (عبد الله بن يزيد، أبو عبد الرحمن المقرئ، وزيد) قالا: حدثنا عبد الله بن عياش، عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج، فذكره.

(٥) قال عنه الزيلعي: غريب (نصب الراية: ٤/٢١١).

فلو وجب عليه الأضحية لتشاغل بها في السفر واشتغاله يقطعه عن أمور السفر فيتعسر عليه فسقط عنه كالجمعة[1]، وإن كان له أولاد مسافرين معه لم يصح عنهم وإن كانوا مقيمين في مصر ضحى عنهم؛ لأن الأصل في الوجوب هو الولد، ولهذا يضحي من ماله إن كان له مال والوجوب على الأب أمر عارض فيعتبر حال الصبي في الإقامة والسفر لا حالة المضحي عنه[2].

وأمّا شرائط الوجوب: منها اليسار وهو ما يتعلق به وجوب صدقة الفطر دون ما يتعلق به وجوب الزكاة؛ لأن الواجب إراقة الدم وإغناء الفقير فكان شرطه هو المكنة عليه والمكنة تحصل بالمال الفاضل عن الحاجة الأصلية بخلاف نماء الزكاة؛ لأن الواجب ثمة اتصف بكونه من نماء المال؛ لأن الزكاة عبارة عن النماء فلا يتصور بدون المال النامي، ومن له مال على مليء فهو موسر؛ لأنه موسر في حق الزكاة ففي حق الأضحية أولى ومنها الإسلام؛ لأن الأضحية قربة فلا تصح بدونه.

وأمّا البلوغ والعقل ليس بشرط حتى لو كان للصغير والمجنون مال يضحي عنه أبُوه أو وصيه من ماله ولا يتصدق به ولا يضمنان عندهما.

وعند محمد، وزفر:لا يضحيان من ماله.

ولو فعلا يضمنان وهو رواية عنهما؛ لأن القربة تحصل بإراقة الدم والتصدق باللحم يعدها تطوعًا ومال الصغير لا يحتمل التطوع والصغير ربما لا يمكنه أن يأكل الجميع والبيع متعدّد فامتنع الوجوب.

لهما: أنه يجوز له ذبح شاة للصغير لأكله بدون التضحية وللتضحية أولى؛ لأنه زاد خيرا فيضحي عنه ويطعم الصغير ويدخر له ما أمكن ويبتاع بالباقي ما ينتفع به كما في جلد الأضحية، فإن تصدق بها ضمن، ويجب على الموسر أن يضحي عن أولاده الصغار في رواية؛ لأنها قربة مالية متعلقة بيوم العيد فشابهت صدقة الفطر وفي ظاهر الرواية لا يجب عليه؛ لأن القياس يأبى وجوب الحق على الغير بسبب

---

(١) انظر: تكملة الفتح: ٨/٧١، تبيين الحقائق: ٦/٣، الدر المختار: ٢٢٢/٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٣٩٣/٣، والزرقاني ١٥٦/٢، ونهاية المحتاج ١٧٥/٦، والروضة ٣/٧، وتلخيص الحبير ١١٩/٣، ومطالب أولي النهى ٣٠/٥، والخصائص الكبرى٢٥٣/٣.

الغير، ولهذا لا يجب عليه التضحية عن عبده بخلاف صدقة الفطر؛ لأن سبب وجوبها رأس يمونه ويلي عليه وقد تحقق في حق ولده الصغير كما في حق نفسه، ومنها الوقت فوقت وجوبها عند انشقاق الفجر من يوم النحر كما في صدقة الفطر، ويتأكد الوجوب ويتفرد في آخر أيام النحر كما يتأكد وجوب الصلاة في آخر وقتها حتى لو افتقر الموسر في أيام النحر سقطت عنه الأضحية، وكذا إذا نقص النصاب وإن افتقر بعدتها لم تسقط عنه ويتصدق بقيمة الشاة، وكذا لو مات من عليه الأضحية في أيامها تسقط عنه.

ولو مات بعدها لم يسقط عنه التصدق بقيمة الشاة حتى وجب الإيصاء به، ولو اشترى فقير شاة للأضحية في أيام النحر فضحى بها ثم أيسر قيل عليه أن يعيد؛ لأن العبرة لآخر الوقت وقيل لا يعيد.

وذكر الناطفي في "أجناسه": لو أيسر الفقير في أيام النحر تلزمه التضحية؛ لأنه أدرك وقت الوجوب وهو موسر، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله في الموسر إذا ولد له ولد في أيام النحر يضحي عنه الأبّ الموجود في جزء من الوقت كالموجود في أوله وقيل لا يلزمه التضحية في المسلمين؛ لأن الوجوب يتعلق بانشقاق الفجر من يوم النحر والفقير لم يكن موسرا عنده ولا الولد مولودًا عنده فلم يلزمه كما لا يلزمه صدقة الفطر، ولو زكى نصابه ثم مرّ عليه أيام النحر ونصابه ناقص تجب عليه الأضحية؛ لأنه لا يعد فقيرًا في هذه السنة، بأداء الزكاة؛ لأن قدر المؤدي يعد قائما شرعا، ولو انتقص النصاب في أيام النحر بغير الزكاة سقطت عنه الأضحية؛ لأن المؤدي لا يجعل قائمًا حكمًا فيعد فقيرا.

وأمّا شرائط الأداء: فمنها الوقت ووقته ثلاثة أيام العاشر والحادي عشر من ذي الحجة والثاني عشر أولها أفضلها وآخرها أدونها.

وعند الشافعي: أربعة أيام.

لنا: قول عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم: النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها.

وأوقات العبادات لا تعرف لا سماعًا وتوقيفًا فصار كالمرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، ويجوز في نهارها ولياليها بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى

غروب الشمس من اليوم الثاني عشر إلا أنه يكره الذبح في الليل؛ لأنه عليه السلام "**نهى عن الأضحية ليلًا، وعن الحصاد ليلًا**"(١)، وإذا شك في يوم الأضحى فالمستحب أن لا يؤخر إلى اليوم الثالث لاحتمال أنه يقع في غير وقته، فإن أخر يستحب أن لا يأكل منه ويتصدق بكله ويتصدق بفضل ما بين المذبوح وغير المذبوح؛ لأنه لو وقع في غير وقته لا يخرج عن العهدة إلا بذلك، ومنها لا يجوز التضحية في غير المصر إلا بعد طلوع الفجر؛ لأنه لا صلاة عليهم فلا يجوز قبله، والمعتبر مكان الأضحية لا مكان من يضحي عنه لأنها شابهت الزكاة حتى تسقط بهلاك المال وتتبقى ببقائه كالزكاة وفي الزكاة يعتبر مكان المال فكذا هذا، وعن الحسن أنه اعتبر مكان المضحى كما في صدقة الفطر(٢).

ولو كان الرجل بالمصر وأهله بالسواد جاز أن يضحوا عنه قبل الصلاة، ولو كان الرجل بالسّواد وأهله بالمصر لا يجوز التضحية عنه إلا بعد الصلاة، وكذا لو كان في مصر وأهله في مصر آخر لم يضحوا عنه إلا بعد الصلاة في المصر الذي يذبح فيه وعن الحسن أنه لا يجوز حتى يصلي في المصرين.

ولو ذبح بعد انصراف أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة أجزأه استحسانًا؛ لأن وقت الذبح ما بعد فراغ البعض عن الصلاة بدليل أنه لو فرغ الإمام من الصلاة وخلفه مسبوقون فذبح إنسان قبل فراغهم جاز؛ لأنه ضحى بعد صلاة معتد بها فوقع موقعه فكذا هذا.

ولو ذبح بعدما صلى أهل المصلى قبل أن يصلّي أهل المسجد يجوز قياسًا واستحسانًا؛ لأن الصلاة المعهودة هي الصلاة في المصلى والصلاة في المسجد

---

(١) أخرج الطبراني عن ابن عباس أنه صلّى الله عليه وسلم نهى عن الذبح ليلًا، لكن في إسناده متروك. وفي البيهقي عن الحسن: «**نهى عن جذاذ الليل وحصاده، والأضحية بالليل**» وهو حديث مرسل (نيل الأوطار: ٥/١٢٦).

(٢) انظر: البدائع: ٥/٦٠، الدر المختار: ٥/٢٠٨، تبيين الحقائق: ٥/٢٩١، تكملة الفتح: ٨/٦٠، بداية المجتهد: ١/٤٣٥، القوانين الفقهية: ص١٨٥، الشرح الكبير: ٤/٢٧١ وما بعدها، المهذب: ١/٢٥١ وما بعدها، كشاف القناع: ٦/٢٠٨ وما بعدها.

لأجل العذر فيجب اعتبار الأصل، ولو صلى الإمام ولم يخطب جاز الذبح؛ لأن صحة الصلاة لا تعلق لها بالخطبة، وإن ضحى بعدما قعد الإمام قدر التشهد لم يجزه خلافًا للحسن لما عرف. صلى الإمام العيد بشهادة الشهود أنه يوم العيد ثم انكشف الأمر أنه يوم عرفة وضحى الناس جازت الصلاة والتضحية؛ لأنه تعذر الاحتراز عن هذا الخطأ فيحكم بالجواز صيانة لجمع المسلمين، ومتى جازت الأضحية ضرورة، وإن صلى بدون شهادة الشهود بذلك تعاد الصلاة والأضحية في الغد؛ لأنه لا ضرورة إلى التجويز، وإن ضحى الناس في الغد قبل الصلاة لم يجز لأنهم ضحوا قبل الصلاة في يوم هو وقت للصلاة إلا إذا كان لا يرجو أن الإمام يصلي فحينئذ يجوز وإن ضحى بعد الزوال يجزيه وإن شكّوا في أنه يوم عرفة فالأحوط أن يضحوا من الغد بعد الزوال؛ لأن رجاء الصلاة إنما ينقطع من الغد بعد الزوال.

ولو ضحى بعد الزوال من يوم عرفة ثم تبين أنه يوم النحر جاز، وكذا لو ضحى قبل الصلاة على ظن أنه يوم النحر ثم تبين أنه يوم الثاني من النحر جاز. الإمام إذا ترك الصلاة يوم النحر بعذر أو بغير عذر فلا تجوز التضحية حتى تزول الشمس؛ لأن الصلاة موجودة، وتجوز التضحية في الغد أو بعد الغد قبل الصلاة؛ لأنه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الأول والصلاة في الغد تقع قضاء لا أداءً فلا يظهر هذا في حق التضحية هكذا ذكره القدوري في شرحه.

ولو صلى الإمام يوم العيد ثم تبين قبل الزوال أنه كان جنبا أو محدثًا تعاد الصلاة وتجوز الأضحية؛ لأن من الناس من قال لا يعيدون الصلاة إلا الإمام وحده فكان الاجتهاد فيه مساغًا فجعلنا هذا عددًا في حق جواز التضحية مجزيا للجوار وصيانة لأضاحيهم عن الفسَاد، بلدة وقعت فيها فتنة ولم يبق فيها والٍ ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر جاز؛ لأنه صارت البلدة في هذا الحكم كالسّواد.

(باب شري الشاه بنيّة الأضحية)

عنى اشتراء شاة بنية الأضحية لا يتعين لها، وإن كان فقيرًا تتعين للأضحية في

ظاهر الرواية وفي رواية الزعفراني لا تتعين؛ لأن الشراء لم يوضع للإيجاب ولا يحتمل المجاز عنه لعدم الموافقة بينهما في المعنى الخاص؛ لأن الشراء موضوع لاستجلاب الملك والنية بالأضحية موضوع للإزالة فكان بينهما مضادة.

وجه ظاهر الرّواية أن الشراء من الفقير بنية الأضحية بمنزلة النذر عرفًا وعادة لأنا لا نجد في العرف فقيرًا اشترى شاة للأضحية إلا ويضحي بها لا محالة فكان الشراء منه للأضحية لتحقيق فعل التضحية عادة فكان هذا نذرًا بها عادة كالنذر بالمشي إلى بيت الله تعالى نذرًا للإحرام عرفا، فإن باعها واشترى بدلها أو أدون منها يجوز ويتصدق بفضل ما بينهما، وعند أبي يوسف لا ينفذ البيع كما في بيع مال الزكاة وإنما يتصدق بالفضل؛ لأنه حبس الفضل بعدما ثبت حق الله تعالى فيه، وإن وهبت له شاة أو تصدّق عليه أو كانت عنده شاة فنوى بقلبه أضحية لا تصير أضحية لعدم العرف فيه.

فقير اشترى أضحية فضاعت ليس عليه أخرى، ولو كان غنيًّا وجب عليه أخرى؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء والشراء تناول هذه فوجبت التضحية بعينها فيسقط الواجب بهلاكها، والواجب على الغني بإيجاب الشرع والشرع لم يوجب التضحية بهذه فلا يسقط بهلاكها.

(**النوادر**): فقير اشترى أضحية فضاعت فاشترى أخرى مكانها، ثم وجد الأولى فعليه أن يضحي بهما؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء والشراء قد تعدّد فتعدّد الوجوب بخلاف الغني؛ لأن الوجوب عليه بإيجاب الشرع والشرع لم يوجب عليه إلا أضحية واحدة.

وذكر الزعفراني في أضاحيه: رجل اشترى شاة للأضحية وأوجبها أضحية فضلّت منه ثم اشترى مثلها وأوجبها أضحية ثم وجد الأولى، فإن أوجب الأخرى إيجابا مستأنفا فعليه أن يضحي بهما، وإن أوجب بدلا من الأولى فله أن يذبح أيهما شاء؛ لأن الإيجاب متحد فاتحد الواجب.

ولو اشترى شاتين للأضحية فضاعت إحداهما فضحى بالثانية ثم وجدها في أيام النحر فلا شيء عليه؛ لأنه لم يتعين إحداهما فأيهما ما ضحى هو المتعين.

ولو اشترى شاة للأضحية ثم اشترى أخرى للأضحية فضاعت الأولى فضحى بالثانية ثم وجد الأولى، فإن كانت مثل الثانية أو دونها فلا شيء عليه، وإن كانت أفضل تصدق بالفضل؛ لأن الأولى تعينت للأضحية.

رجل أوجب على نفسه عشر أضحية قيل: لا يلزمه إلا اثنتان؛ لأن الأثر جاء بالاثنتين وإراقة الدم عرف لزومه بالأثر لا بالقياس فيتقدر لزومه بقدر ما ورد به الأثر والأصح أنه يلزمه الكل؛ لأنه أوجب على نفسه ما للشرع من جنسه إيجاب، فإن الشرع أوجب على غني واحد أضاحيَ كثيرة بأن كان له أولاد صغار وإيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى.

ولو ضحى بشاتين قيل لا تكون الأضحية إلا واحدة والأصح أنه تكون الأضحية بهما، فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا بأس في التضحية بالشاة والشاتين، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم "**كَانَ يُضَحِّي كُلَّ سَنَةٍ بِشَاتَيْنِ وَضَحَّى عَامَ الْحُدَيْبِيَّةِ بِمِائَةِ بَدَنَةٍ**"[1].

نذر أن يضحي أو أهدى بشاة، فضحى ببقرة أو بجزور أو أهدى بهما جاز؛ لأنه أفضل منهما. اشترى بقرة وأوجبها أضحية ثم أشرك فيها رجلًا جازت الشركة ويجوز عنه وعن شريكه وعليه أن يتصدق بما أخذ من شريكه. والله أعلم بالصواب.

(باب من لم يضح حتى [مضت][2] أيامها)

ولو اشترى شاة للأضحية فلم يضح حتى مضت أيامها تصدق بها حيّة أو بقيمتها ولا ينقص منها شيئًا من الشعر واللبن ولا يأكل من لحمها؛ لأنه انتقل الواجب من إراقة الدم إلى التصدق ولا يذبحها؛ لأن الإراقة ليست بقربة معقولة وإنما عرفت قربة شرعًا في زمان مخصوص، وقد تعدّد إقامة القربة بالذبح لفوات الوقت إلى خلف وهو التصدق؛ لأن التصدق قربة معقولة، فإن ذبحها وتصدّق بلحمها جاز، فإن كانت قيمتها حيّة أكثر تصدّق بالفضل وإن أكل منها شيئًا غرم

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٢٩٥/٥.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): فرغت.

قيمته؛ لأنه فوت المبدل فوجب عليه البدل، ولو لم يشتر شاة للأضحية حتى مضت أيامهَا فعليه أن يتصدق بقيمة شاة يجوز في الأضحية، ولو اشترى شاة فأوجبها أضحية ثم باعها ولم يضح ببدلها حتى مضت أيام النحر يصدق بثمنها وإن باعها بما لا يتعاين الناس فيه تصدق بالفضل.

(**الزيادات**): ولو اشترى شاة وأوجبها أضحية ثم تصدق بها حية في أيام النحر فعليه أخرى مكانه؛ لأنه التزم التضحية في هذا المحل والتصدق بالعين خلف عن التضحية ولم يقع الناس في الأصل فلا يصار إلى الخلف، وإن لم يشتر مكانها حتى مضت أيام النحر تصدق بقيمتها؛ لأنه تعدّد التقرب بإراقة الدم لفوات وقته فتحوّل الحكم إلى خلفه وهو التصدق بالقيمة، وإن لم يتصدق ولم يذبح حتى مضت أيام النحر تصدق بها حيّة أو قيمتها؛ لأن الواجب بعد مضي وقت الذبح هو التصدق بعينها والتصدق بقيمتها مثله فيما هو المقصود وهو دفع حاجة الفقير بسد حلقه ورد جوعته بخلاف ما لو تصدق بقيمتها في أيام النحر لا يجوز؛ لأن ثمة الواجب هو الإراقة والتصدق بالقيمة لا يكون مثل الإراقة في المقصود وإن جاءت أيام النحر من قابل، فإن ذبحها وتصدق بها فعليه التصدق بفضل ما بين قيمتها حية إلى قيمتها مذبوحة لأن الإراقة عرفت قربة شرعًا لا عقلًا في أيامها من ذلك العام فلا يكون قربة في غيرها كرمي الجمار إذا فات وقته لا يلزمه قضاؤه.

(باب ما يجوز في الأضحية وما لا يجوز فيها)

يجوز فيها الثني وهو من الغنم ما طعن في السنة الثانية ومن البقر ما طعن في الثالثة ومن الإبل ما طعن في السادسة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ضحّوا بالمسنة**" والثني مسنة، ويجوز الجذع من الضأن خاصّة دون المعز لقوله صلى الله عليه وسلم: "**نعم الأضحية الجذع من الضأن**"، وقال عليه السلام لأبي بردة ابن بدار حين قال: عندي جذع من المعز خير من شاتين: "**يجزي عنك ولا يجزي عن أحد بعدك**" والجذع من الغنم ابن ستة أشهر، حكاه القدوري.

وذكر الزعفراني في أضاحيه: الجذع ابن سبعة أشهر أو ثمانية، فأما ابن ستة

أشهر فهو حمل، والبقرة والبعير يجوز عن سبعة فما دونهم لحديث جابر أنه قال: **"أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية أن نشترك في البدنة سبعة وفي البقرة سبعة"**.

ويجوز التضحية بالجاموس عن سبعة وهو المختار؛ لأنه نوع من البقر، ولهذا يكمل نصاب الزكاة وتجب فيه الزكاة ولا تجزئ الشاة أكثر من الواحد؛ لأنه لا نص فيه والبعير أفضل من البقرة، والبقرة أفضل من الشاة إذا استويا في القيمة والشاة أفضل من سُبْعِ البقرة إذا استويا في القيمة واللحم؛ لأن لحم الشاة أطيب، وإن كان سبع البقرة أكثر لحما فالسبع أفضل والذكر من الضأن أفضل إذا استويا؛ لأنه أكثر لحما وأطيب والأنثى أفضل من البقر؛ لأن لحمها أطيب، وشاتان بثلاثين درهما أفضل من واحدة بثلاثين والواحدة بعشرين أفضل من الثنتين؛ لأنه بثلاثين يوجد شاتان مثل ما يجب من كمال الأضحية في السن والكبر، ولا يوجد بعشرين حتى لو وجد كان شري الثنتين أفضل.

(فصل)

ولا يجوز العمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك، وإن كانت تمشي جاز ولا العجفاء التي لا تنقي، لقوله صلى الله عليه وسلم: **"أربع لا يجزئن في الضحايا: العوراء البيّن عورها، والعرجاء البيّن عرجها، والمريضة البيّن مرضها، والعجفاء التي لا تنقى"** أي: التي لا نقي لها وهي المخ لشدة الهزال ولا السكاء التي لا أذن لها في الحلقة، وإن كان صغيرًا يجوز، ولا الهمتاء التي لا أسنان لها إن كانت لا تعتلف وإن كانت تعتلف جاز وهو الصحيح؛ لأن هذا لا يعدّ نقصًا في الشاة، ولا الجلالة وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ولا الجذاء، وهي المقطوعة ضرعها، ولا المصرمة، وهي التي لا تستطيع أن ترضع فصيلها ولا الحداء، وهي التي يبس ضرعها ولا مقطوعة الأنف والذنب والطرف، ثم العيب القليل لا يمنع لعدم خلو الحيوانات عنه عادة والكثير يمنع، وفي الفاضل بينهما ثلاث روايات في ظاهر الروايات الثلاث وما دونه قليل وما زاد عليه فهو كثير؛ لأن ما فوق الثلث ملحق بالكثير في باب الوصيّة لقوله صلى الله عليه وسلم في الوصيّة **"الثلث والثلث**

وما فوقه كثير" فكذا في الأضحية ألحقناه بالكثير احتياطا وفي رواية "**الثلث كثير وما دونه قليل**" وفي رواية أبي يوسف وهو قوله "**النصف فصاعدا كثير وما دونه قليل**"؛ لأن النصف بين القليل والكثير فرجحنا جانب الكثرة فيه احتياطا ويجوز الجرباء والتولاء وهي المجنونة إذا كانتا سمينتين لأنه لا ينقص عينها وسمنها، ويجوز الجماء وهي التي لا قرن لها خلقة، ويجوز بمكسورة القرن والتوماء وهي التي سقط أسنانها من قدامها ويجوز بالخصي وهو أحب؛ لأنه عليه السلام ضحّى بكبشين أملحين موجوءين ولا يضره الشق في الأذن ولا السمة؛ لأنه ليس بعيب ولا يجوز ببقرة الوحش؛ لأن هذه قربة عرفت شرعًا لا عقلًا والشرع ورد بالأهلي دون الوحشي، ويجوز بالجواميس؛ لأنه نوع من البقر، والمتولد بين الوحشي والأهلي له حكم أمه؛ لأن الولد يتبع الأم. شاة ندت وتوحشت فرماها ونوى عن الأضحية فأصابها يجزيه عن الأضحية؛ لأن بالند لا يصير بمنزلة الوحش، وإن ألقت بقرة الوحش لم يجز في الأضحية، وإن أصابها شيء من هذه العيوب في اضطرابها في الذبح فذبحها مكانها جاز استحسانًا خلافًا لزفر والشافعي؛ لأنه من ضرورات الذبح لتعذر الاحتراز عنه وكان من الذبح معنى فصار كأنه تعيبت بحقيقة الذبح وإن لم يذبحها على الفور وذبحها في الغد يجوز عند محمد؛ لأنه تعيب بسبب الذبح في وقت واحدٍ، وعند أبي يوسف لا يجوز؛ لأنه متى انقطع الفور خرج من أن يكون من أسباب الذبح. معسر اشترى شاة للأضحية أو أوجبها بعينها ثم تعيبت عيبًا مانعًا من الجواز يجوز أن يضحي بها لأنها معينة في حقه وفوات بعضها كفوات كلها حتى لو أوجب أضحية بغير عينها فاشترى صحيحة ثم تعيبت فضحى لا يسقط عنه الواجب؛ لأنه وجب عليه أضحية كاملة كما في الموسر.

(باب الشركة في الأضحية)

اشتركوا سبعة في بقرة أو بعير ونووا الأضحية ولم يسموهم جاز؛ لأنه يكتفى بالنية بالقلب، وكذلك لو ضحى عن نفسه وأولاده الصغار بسيماه ولم يسم لكل واحد شاة يجزي عنهم، وكذا إن ضحى عن أهله وأولاده الكبار بأمرهم، وإن كان بعيرًا لهم لم يجز أحدا منهم وعن أبي يوسف أنه يجوز عنهم؛ لأنه العادة لما جرت

من الأب في كل سنة بالتضحية عن أولاده صار الإذن موجودًا منهم دلالة وهو مستحسن، ولو ضحى عن غيره لم يجز عنه، وإن كان بأمره؛ لأنه لا يمكن تصحيح التضحية عنه إلا بإثبات الملك له في الشاة ولن تثبت إلا بالقبض ولم يوجد منه القبض لا بنفسه ولا نيابة، وإن كان معهم صبي ضحى عنه أبوه استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الإراقة لا تتجزأ وتصيب الصغير وتقع نفلا فينقلب الكل تطوعا.

وجه الاستحسان أن الإراقة متجزئة حكمًا؛ لأن الشرع لما جوز البقرة من السبعة فقد أقامها مقام سبع شياه وسبع إراقات، وإن كان بعضهم يريد الأضحية والآخر الهدي والآخر دم الكفارة ونحو ذلك جاز ويكره خلافًا لزفر؛ لأن المقصود بكل جهة متحد وهو ابتغاء مرضات الله ونيل ثوابه فصار كاتحاد الجنس الواحد، وإن كان أحدهم يريد اللحم أو كان ذمّيًا يريد القربة لم يجز عن أحدهم، لأن ذلك القدر لا يقع قربة فيبطل الكل ضرورة عدم التجزيء، ولو ضحى أحدهم عن ميّت جاز استحسانًا لا قياسًا وهو رواية عن أبي يوسف، لأن الأضحية قربة فلا تتأدّى إلا بإبانته ولم توجد فوقع نصيبه.

لنا: أن المضحي يضحي عن نفسه لكن الأجر للميت لأن الميت لا يملك شيئًا فيقع عن الورثة نقلًا، وللميت يقع أجرًا كما ذبح النبي صلى الله وعليه وسلم عن أمته. ويتناول من لحمه وهو الأصح؛ لأن الملك للمضحي، ولهذا لو كان عليه أضحية تسقط عنه، وإن ضحى عن الميت بأمره لا يتناول من لحمه؛ لأن الأضحية تقع عن الميت، وإن اشترك اثنان في بقرة أو بعير قيل لا يجوز لأنه يكون لكل واحد ثلاثة أسهم ونصف والنصف لا يجزيه عن الأضحية فلم تقع قربة فبطل الكل والأصح أنه يجوز لأن ذلك إن لم يكن أضحية لكن يصير قربة معًا للأضحية فلا يفسد به الأضحية.

سبعة اشتركوا في بقرة فمات أحدهم قبل يوم النحر وذبحها الستة فعند محمد تجوز عنهم إلا أن للورثة خيارًا؛ إن شاؤوا أجازوا نصيب الميت عنه وإن شاؤوا ضمنوا، وعند أبي يوسف إن أوجب الميت على نفسه فقد وجب فيجوز، وإن لم يوجب لا يجوز شاء الورثة أو أبوا، لأنه لا يرى أن يضحي عن الميت، ولو اشترى

بقرة يريد أن يضحي بها ثم اشترك فيها يكره وتجزئهم، لأنها بمنزلة سبع شياه حكمًا إلا أن يريد حين اشتراها أن يشركهم فيها لا يكره وإن فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن. وهذا إذا كان موسرًا وإن كان فقيرًا فقد أوجب بالشراء فلا يجوز أن يشرك فيها ولدًا ولو اشترك فيها ستة نفر بعدما أوجبها لنفسه لم يسعه؛ لأنه أوجب كلها لله تعالى، وإن اشترك جاز، ويضمن ستة أسباعها لأن الاشتراك ليس إلا مع ستة أسباعها، ولو باع كلها جاز وضمن فكذا إذا أشرك، وقيل في الغني إنه يتصدق بالثمن؛ لأن الغني فيما زاد على سبع بقرة أو شاة واحد لا وجوب عليه فيكون بمنزلة الفقير فيكون الشراء منه فيما زاد عليه نذرًا أو إيجابًا. شاتان بين رجلين ذكاهما عن نسكيهما أجزاهما بخلاف عبد بين ابنين أعتقاهما عن كفارتهما لا يجوز لأن في الشاة أمكن جمع كل واحد منهما في شاة فلا كذلك في الرقيق.

(النوادر): اشترك ثلاثة نفر في بقرة لواحد ثلاثة أسباعها وللآخرين لكل واحد سبعاها، فمات من له ثلاثة أسباعها وترك ابنًا وبنتًا صغيرين وترك ستمائة درهم مع حصّة البقرة فضحى الوصي عنهما حصة الميت من البقرة لا يجزيه عنهم؛ لأن نصيب الابنة صار لحمًا؛ لأنها فقيرة لأنها أصابت من ميراث الأب أقل من مائتي درهم، وإن ترك الميت ستمائة درهم سوى حصة البقرة جاز عنهم؛ لأنها غنية، وإن اشترك خمسة في بقرة فأشرك أربعة منهم رجلًا فيها وإن الواحد يجوز التضحية عنهم لأن نصيبه أكثر من السبع لأنه يجعل البقرة على خمسة وعشرين لأن الشركاء خمسة لكل واحد خمسة فنصيب الأربعة وعشرين قد جعلوا أنصابهم بين خمسة لكل واحد أربعة وأربعة من خمسة وعشرين أكثر من السبع ولو كانوا ستة واشترك خمسة منهم واحدًا وإلى الواحد لم يجز لأن نصيبه أقل من السبع لأن أصل حسابه ستة وثلاثون لكل واحد ستة فيكون للخمسة ثلاثون وقد جعلوه على ستة لكل واحد خمسة وخمسة من ستة وثلاثين أقل من السبع. ثلاثة نفر اشتركوا في بقرة وأشرك أحدهم رجلًا في الربع جاز والثلث بينهما نصفان؛ لأنه جعله مثلًا لكل واحد منهم ولم يصح الجعل في نصيب الشركاء فصح في نصيبه، وإن أشركه في السبع فالثلث بينهما على سبعة له أربعة ولشريكه ثلاثة؛ لأنه أشركه في سبع الكل

فيكون هذا إشراكا في سبع نصيب كل واحد وسبع نصيب كل واحد بينهم ولم يصح إشراكه في أنصبائهم وصح في نصيبه فصار له ثلاثة من نصيبه، فإن أجاز أحدهما كان نصيبهما أربعة عشر بينهما وبين الذين أشركاه له ثلاثة ولهما أحد عشر. ثلاثة نفر دفع أحدهم أربعة دنانير والآخر ثلاثة دنانير والآخر دينارًا فاشتروا بذلك بقرة على أن تكون البقرة بينهم على رأس ما لهم لم يجز الأضحية؛ لأن نصيب الواحد أقل من السبع وأصله أن ينظر إلى أقل نصيب عليها، وإن كان أقل من السبع لم يجز وإن دفع أحدهم ثلاثة دنانير ونصف والآخر دينارين ونصف والآخر دينارًا جازت عنهم؛ لأن أقل النصيب هو السبع، وكذلك لو اشترك خمسة دفع أحدهم دينارين والثاني دينارين ونصف والثالث ثلاثة دنانير والرابع كذلك والخامس ثلاثة دنانير ونصف جازت عنهم؛ لأن أقل النصيب هو السُّبع.

(باب ذبح أضحية غيره بغير أمره)

ذبح أضحية غيره بلا أمره جاز استحسانًا ولا يضمن؛ لأن في العرف لا يتولى صاحب الأضحية ذبحها بنفسه بل يفوض إلى غيره فصار مأذونًا له دلالة على القصاب إذا شد رجل شاته للذبح فذبحها إنسان بغير إذنه لا يضمن، وكذا من جعل اللحم في القدر ووضعه على الكانون ووضع تحته الحطب فأوقده إنسان وطبخ لا يضمن، وكذا لو جعل الحنطة في الدورق وربط عليه الحمار فساقه إنسان وطحن لا يضمن لما قلنا. رجلان غلطا بأضحيتهما فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه فإن رضيا به يجزيه عن الأضحية ويضمن قيمته لصاحبه؛ لأنه يصير غاصبا له بالأخذ فيصير مالكا له سائقا على الذّبح فيصير مضحيا ملك نفسه فجاز وكذا من غصب شاة فضحى بها عن نفسه يجوز عن أضحيته ويضمن قيمتها كما ذكرنا.

وإن اختار المالك أخذها مذبوحة يجزيه عنه لما بينا، وعلى الذابح أن يعيد الأضحية وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في الوجهين بخلاف المودع إذا ذبح الشاة الوديعة لا يجوز عن الأضحية في الوجهين؛ لأنه إنما يضمن القيمة بالذبح لا قبله فحصل أول الإراقة على ملك غيره فلا يجزيه.

رجل ذبح أضحية غيره عن نفسه بغير أمره، فإن ضمنه المالك قيمتها يجوز عن

الذابح دون المالك؛ لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه، وإن أخذها مذبوحة يجزيه عن المالك؛ لأنه قد نواها فليس يضره ذبح غيره لها.

رجل اشترى خمس شياه وأراد أن يضحي بواحدة منهن فذبح رجل واحدة منهن بغير أمره يضمن؛ لأن صاحبها لما لم يعينها لم يأذن بذبح غيرها دلالة.

رجل دعا قصابًا ليضحي عنه فضحى القصاب عن نفسه فهي للآمر؛ لأن نية القصاب قد لغت. رجل أمر رجلًا بذبح أضحيته فذبحها وقال: تركت التسمية عمدًا يضمن؛ لأنه جعلها ميتة ويشتري الآمر بقيمتها أخرى ويضحي بها ويتصدق بلحمها ولا يأكل، وإن كان بعد مضي أيّام النحر يتصدق بقيمتها. اشترى شاة بجملين وضحى بالشاة ثم وجد مشتري الجملين بهما عيبًا فردهما هو بالخيار إن شاء ضمن قيمة الشاة حية، وإن شاء أخذها مذبوحة وإن ضمنه جاز ما صنع وإن أخذها مذبوحة، فإن كان ذبحها عن أضحية أو هدي فعليه أن يتصدق بالجملين، وإن ذبحها عن جزاء الصيد والفدية يتصدق بقيمة الشاة المذبوحة؛ لأن في الأضحية والهدي يلزمه التصدق بثمن اللحم لا بعينه وثمن اللحم الجملين مع العيب، ألا ترى لو باع لحم أضحيته ما يساوي عشرة بدرهمين لم يلزمه إلا التصدق بدرهمين فكذا هذا. وفي الكفارة يجب التصدق باللحم، فإذا عجز عنه يلزمه التصدق بقيمته. رجل وهب له شاة فذبحها عن أضحية فرجع الواهب فيها جازت الأضحية ولا يتصدق بشيء؛ لأنه بمنزلة ما لو وهب الموهوب له مذبوحة من الواهب، ولو كان عن الكفارة فعليه أن يتصدق بقيمتها مذبوحة.

مريض وهب لإنسان شاة فضحى بها الموهوب له ثم مات المريض من مرضه ولا مال له غيرها فللورثة أن يضمنوه ثلثي قيمتها حيّة أو يأخذوا ثلثيها مذبوحة وعلى الموهوب له أن يتصدق بثلثي قيمتها مذبوحة وجازت عنه الأضحية في الوجهين؛ لأنه ضحى ملك نفسه.

ثلاثة نفر اشترى كل واحد شاة فأوجبها أضحية بلسانه وقيمة أحدهم ثلاثون والأخرى عشرون والأخرى عشرة فاختلطت ولا يعرف واحد منهم شاته، فإن رضوا بأن يذبح كل واحد شاة أجزأهم ويتصدق الذي قيمة شاته ثلاثون بعشرين

درهما احتياطا ويتصدق الذي قيمة شاته عشرون بعشرة احتياطا ولا يتصدق الآخر بشيء وإن تشاحوا يضمن كل واحد منهم لصاحبه قيمة شاته وإن مضى أيام النحر تصدق بثلث القيمة والله أعلم بالصواب.

(باب ما يكره من الانتفاع بالأضحية وما لا يكره)

اشترى شاة للأضحية فولدت يذبح الولد معها وهذا إذا كان معسرا؛ لأن الأم تعينت محلا لإقامة القربة حتى منع المالك عن الانتفاع بها فالحق متى ثبت في الأم يسري إلى الولد كالكتابة والتدبير، فإن كان موسرًا فله أن لا يذبح الولد؛ لأن الأم بالشراء لم تتعين للأضحية، فإن ذبح الولد يوم الأضحى قبل الأم أجزأه، وإن ذبحه مع الأم يأكل منه كما يأكل من الأم في ظاهر الرواية؛ لأن ذبح الولد وقع أضحية تبعًا فيفيد إباحة الأكل كما في الأم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يأكل؛ لأن هذا جزء منفصل من الأضحية قبل الذبح فيلزمه التصدق به كاللبن والصوف، فإن باعه في أيام النحر تصدق بثمنه؛ لأنه لزمه ذبح الولد، فإذا عجز عن ذبحه لزمه التصدق ببدله كما في الأم، وإن لم يبع ولم يذبح ولكن تصدق به حيا في أيام النحر أجزأه ذكره الزعفراني في أضاحيه؛ لأنه ليس بمحل للأضحية مقصود فيجوز التصدق به كاللبن والصّوف.

وعن محمد في (المنتقى) أنه لا يجوز، ولو تصدق به يوم الأضحى فعليه أن يتصدق بقيمته؛ لأنه وجب عليه تضحية الولد تبعًا لتضحية الأم، فإذا فوت الذبح بالتصدق يضمن كما لو فوته بالبيع يضمن القيمة، ويكره أن يجلب الأضحية وقد التزم تنفيذ القربة في جميع أجزائها بإراقة الدم فيكره فصل جزء منها قبل تنفيذ القربة فيها، فأما الموسر إذا عيّن شاة للأضحية لا يتعين فقبل الذبح هذه وغيرها سواء وإن كان في ضرعها لبن وهو يخاف ينضح ضرعها بالماء البارد، فإن تقلص وإلا حلب وتصدق لأن دفع الضرر عنها واجب، ويكره ركوبها واستعمالها كما في الهدي، فإن فعل فنقصها فعليه التصدق بما نقص وإن أجرها تصدق بأجرها.

ولو اشترى بقرة حلوبة وأوجبها أضحية فاكتسب مالًا من لبنها أو انتفع من

روثها فهو له ولا يتصدق بشيء ولا يجوز بيع لحم الأضحية وجلدها وسائر أجزائها لقوله عليه السلام: "**لا تبيعوا لحوم الأضاحي وجلودها وكلوا وتصدقوا واستمتعوا بجلودها**"، فإن باع تصدق بثمنه؛ لأنه كسب خبيث ولا بأس بأن يشتري بجلد أضحيته متاعا للبيت؛ لأنه بالتضمين ملكها منه فصار كأنّه باعها منه، ولو باعها منه لزمه التصدق بقيمتها فكذا هذا ولا يجوز له أن يهبها لغيره، فإن تعينت القيمة على الغاصب فلا شيء على المضحي، فإنه تلف بلا صنعه، فإن أبرأه المضحي عن القيمة وهو غني أو فقير فلا شيء عليه؛ لأن في الابتداء كان له أن يهب الأصل من الغاصب فكذا يملك أن يهب البدل منه، وكذا لو صالحه على أقل من قيمته يلزمه أن يتصدق بما وصل إليه من قيمتها لا غير؛ لأنه أبرأ للبعض واستبقى للبعض.

ولو صالحه على شيء مأكول أو متاع فله أن يأكل المأكول وينتفع بالمتاع؛ لأن البدل يكون على صفة الأصل ونهجه.

ولو اشترى شاة شراء فاسدًا وضحى بها فللبائع أن يضمّنه قيمتها أو يأخذها مذبوحة، فإن أخذها مذبوحة فعلى المضحي أن يتصدق بقيمتها مذبوحة لا حية وهو الصحيح؛ لأن الفصل بين القيمتين قد أبرأه البائع بأخذه الشاة المذبوحة.

ولو لم يأخذها البائع لكن صالحه المشتري عليها مذبوحة من القيمة التي وجبت عليه أو باعها منه بتلك القيمة فعلى المشتري أن يتصدق بقيمتها حية لأنه قد باعها من البائع بتلك القيمة.

ولو اشترى شاة فضحى بها ثم وجد بها عيبًا ينقصها لكن لا يخرجها عن حد الضحايا فله أن يرجع على البائع بنقصان العيب، ولا يتصدق بما أخذ من النقصان؛ لأن الشاة المعينة جازت عن الأضحية فلا يلزمه شيء سواها، فإن رضي البائع بأخذها مذبوحة وأخذها وردّ الثمن يتصدق المشتري بما استرجع من البائع إلا حصة نقصان العيب، وإن نوى بعض الثمن على البائع ووصل إليه البعض يتصدق بما وصل إليه بقدر حصّة الشاة لا بقدر حصة نقصان العيب حتى لو كان الثمن عشرة ونقصان العيب درهم يتصدق بتسعة أعشار ما وصل إليه من الثمن لما عرف والله أعلم بالصواب.

كتاب الشركة

يحتاج إلى معرفة: جواز الشركة، وتفسيرها لغةً وشريعة، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها شريعة.

أمّا جوازها: فلما روي عن قيس بن السائب أنه كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم في تجارة البن والأدم وكان عليه السلام يقول في صفته: "**شريكي، وخير شريك لَا تُدَارِينِي، وَلَا تُمَارِينِي**" أي لا يجادل ولا يخاصم وقال عليه السلام: "**الشريكان الله ثالثهما ما لم يخونا**"، فإذا خانا محقت البركة من بينهما. وقد أجمعت الأمة على جواز أصل الشركة ولأن الشركة في الملك أمر ضروري كاثنين اشتريا أو اتهبا أو ورثا عينًا فلا بد من القول بثبوتها، والشركة في العقود ليست إلا توكيل كل واحد منهما صاحبه بالتصرف، وتفويض الأمر إليه في المعاقدة والمعاملة وأنه جائز كما في المضاربة.

وأمّا تفسيرها: **فالشركة لغة:** عبارة عن اجتماع النصيبين شائعًا متداخلًا متزاحمًا لقوله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ﴾ [فاطر: ٤٠] أي: لهم نصيب شائع على سبيل التداخل والتزاحم إلا أن متعارف الشرع يطلق اسم الشركة على عقد الشركة مجازا لما أنه سبب لاجتماع النصيبين في الملك.

وأمّا ركنها: فهي شركة العقود الإيجاب والقبول بأن يقول أحدهما شاركتك في كذا ويقول الآخر قبلت؛ لأن الشركة تقوم بهما.

وأما شرط جوازها: فكونه قابلا للشركة.

وأمّا حكمها: فحكم شركة الملك ضرورته المجتمع من النصيبين مشتركا بينهما وحكم شركة العقد ضرورة المعقود عليه وما يستفاد منه بشركاء بينهما.

(باب معرفة أنواع الشركات)

الشركة نوعان: شركة ملك، وشركة عقد.

وشركة الملك نوعان: شركة جبرية، وشركة اختيارية.

فالشركة الجبرية: أن يختلط مالان لرجلين بحيث لا يمكن التمييز بينهما أو يرثان مالًا فهذه شركة ثبتت جبرا من غير اختيارهما. والشركة الاختيارية أن يشتريا أو يوهب أو يوصى لهما مالًا فقبلا أو يملكا مالًا بالاستيلاء أو يخلطا مالًا فتكون هذه شركة اختيارية لأنها حصلت باختيارهما ثم حكم الشركة الثابتة بالاختلاط أو بالخلط أنه لا يجوز بيع أحدهما نصيبه من الأجنبي بغير إذن شريكه؛ لأنه خلط الجنس بالجنس استهلاك والاستهلاك سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخالط لو كان على سبيل التعدي، فإذا حصل بغير تعدي فقد انعقد سبب الزوال من وجه فأورث شبهة زوال نصيب كل واحد إلى شريكه في حق البيع من الأجنبي فلا يجوز بيع نصيبه إلا برضا شريكه.

فأمّا فيما عداه ملك كل واحد قائم في نصيبه من كل وجه لانعدام سبب الزوال فأطلق له التصرف مطلقًا ولا يجوز لكل واحد التصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه؛ لأنه تصرف في ملك الغير.

وأمّا شركة العقد فنوعان: شركة في المال، وشركة في الأعمال.

أما الشركة في المال فأنواع أربعة: شركة مفاوضة وعنان ووجوه وشركة في العروض ولكل شركة تفسير وصورة وشروط وأحكام.

وأمّا تفسير المفاوضة: فيحتمل أنها مشتقة من التفويض وهو التسليم يقال فوضت أمري إلى الله أي سلمت إليه، ويجوز أنها مأخوذة من الشهرة والاستفاضة يقال فاض الماء إذا غلب وانتشر واستفاض الخير، ويجوز أنها مأخوذة من فاوض تفاوض أي ساوى تساوي.

قال الشاعر[(١)]: [البسيط]

تهدى الأمورُ بأهلِ الرَّأيِ ما صَلَحَتْ ... فإن تَوَلَّتْ فبالأشرارِ تَنْقَادُ

لَا يَصْلُحُ النَّاس فَوْضَى لَا سَرَاةَ لَهُمْ ... وَلَا سَرَاةَ إذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا

---

(١) البيتان للأفوه الأودي، وانظر: التذكرة الحمدونية ٣/١٥٥.

أراد بقوله: فوضى أي متساوٍ ليس لهم سادات وهذه المعاني تتحقق في الشركة؛ لأنه وجد فيها التفويض، فإنه فوض كل واحد منهما الأمر إلى صاحبه في جميع التجارات ووجد الاستهتار والاستفاضة فيها لاستفاضتها وانتشارها في التجارات ووجدت المساواة لأن هذه الشركة تقتضي المساواة فيما يصلح رأس مال التجارات والربح والخسران.

وأمّا صورتها: فهو أن يشترك اثنان شركة عامّة في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه وعلى أن يكون كل واحد منهما كفيلًا عن صاحبه فيما وجب عليه ووكيلًا فيما وجب لصاحبه لما نبيّن.

وأمّا شرط جوازها: فالتساوي بينهما في رأس المال والربح وإن تفاضلا في ذلك لم يكن مفاوضة وكانت عنانا وأن يكون كل واحد منهما من أهل الكفالة حتى لا يجوز إلا بين المسلمين الحرين البالغين وذلك لأن المفاوضة اقتضت ثلاثة أشياء: الوكالة في أعمال التجارة وتوابعها، والكفالة بضمان التجارة، ولواحقها، والاستواء في رأس الأموال وفوائدها ابتداء وانتهاء.

أمّا الوكالة ليتحقق معنى الشركة؛ لأن حكمها ثبوت الشركة في المستفاد بالتجارة والمستفاد بالتجارة لا يقع على الشركة ما لم يصر كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف وعاقدا لنفسه في النصف.

وأما الكفالة والاستواء في رأس المال والربح لأن المفاوضة لغة مقتضية المساواة بينهما فيما يتصل بالتجارة من الضرر والنفع وإنما يستويان في الضرر والنفع إذا كان كل واحد منهما مطالب بما طولب صاحبه بسبب التجارة وإنما يشترط استدامة هذه الشرائط؛ لأن الشركة عقد غير لازم فيكون لدوامها حكم الابتداء، فيشترط لدوامها شرائط الابتداء. ولا يجوز المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبدين والحر والمكاتب والمكاتبين والصبيين؛ لأن كفالة العبد لا تصح إلا بإذن المولى وإنما يصح إذنه في قدر قيمته ففاضل الحر العبد في الكفالة، وكذلك العبدان يتفاضلان في الكفالة لأنهما يتفاوتان في القيمة وقضية المفاوضة ضرورة كل واحد كفيلًا بما لزمه صاحبه ولم يتحقق هنا.

وأما المكاتب والصبي فلا يصح كفالتهما أصلًا، ولا تصح المفاوضة بين المسلم والذمي عندهما، وعند أبي يوسف يجوز ويكره، لأنهما استويا في أعمال التجارة وضمانها ورأس مالها ولا عبرة بتفرد الذمي بملك التصرف والتجارة في الخمر والخنزير؛ لأن المفاوضة تحتمل هذا القدر من التفاوت، والمفاضلة أو لا يمكن التحرز عنه كمفاوضة الحنفي مع الشافعي، وكمفاوضة من يستحل المثلث المشتد مع من لا يستحل.

لهما: أنهما متفاوتان في أعمال التجارة وضمانها؛ لأن الذمي يملك التجارة في الخمور والخنازير تجارة مطلقة بنفسه مباشرة ويؤاخذ الذمي بضمانها ولا يملكها المسلم بنفسه مباشرة، ولا يؤاخذ بضمانها فتحققت المفاضلة والمساواة في هذا شرط لصحة المفاضلة بخلاف مفاوضة الحنفي مع الشفعوي، لأنهما لم يتفاضلا في التجارة وضمانها؛ لأن شراء الشفعوي متروك التسمية ونحوه جائز في حقه وحق شريكه باعتبار زعمه واعتقاده، وفي اعتقاد الحنفي أنه غير جائز في حقّه ولا في حق شريكه فقد استويا في التصرف فيما يرجع إلى اعتقاد كل واحد منهما.

فأمّا تصرف الذمي في الخمر والخنزير نافذ في اعتقاده واعتقاد المسلم جميعًا فتحقق التفاضل في حق المسلم ويجوز بين الذميين، وإن كان أحدهما كتابيًا والآخر مجوسيا لاستويا في التجارة وضمانها؛ لأن الكتابي لو أخر نفسه للذبح يطالب به المجوسي، وإن كان لا يقدر على الذبح بنفسه؛ لأنه يقدر عليه بالمعين أو الأجير، ولهذا المجوسي إذا أخر نفسه للذبح صح وكالقصار مع الخياط إذا تفاوضا صار كل واحد منهما مطالبا بما على الآخر؛ لأنه يقدر عليه بمعين أو أجير، وإن تفاوض عبدان أو مسلم وذمي فهو شركة عنان؛ لأنه إن تعذر تصحيحها مفاوضة أمكن تصحيحها عنانا فتصحح، شارك المسلم المرتد مفاوضة أو عنانا لم يجز عند أبي حنيفة إن قتل على ردته أو لحق بدار الحرب أو أسلم جازت، وعندهما يجوز العنان دون المفاوضة؛ لأن عنده تصرف المرتد موقوف فتوقفت شركته، وعندهما تصرفه نافذ فكذا شركته عنانا نافذة. ولا تصح المفاوضة لأنّ المسلم مع المرتد لم يستويا في أصل التصرف؛ لأن تصرف المسلم نافذ اتفاقا وملكه متقرر وتصرف

المرتد مختلف فيه وملكه وتصرفه يعرض للزوال؛ لأن الحاكم لو حكم بزوال ملكه وبطلان تصرفه نفذ حكمه فتفاضلا في أصل التصرف وملك المال فمنع الجواز؛ ولأن كفالة المرتد عند محمد تصح من الثلث؛ لأن المرتد عنده بمنزلة المريض فيفضل المسلم المرتد في الضمان، وإن شارك المسلم مرتدة صحّت عنانا لا مفاوضة وينبغي أن تجوز المفاوضة عند أبي يوسف وتكره؛ لأن تصرفات المرتدة نافذة بالإجماع فساوت المسلم في التجارات وضمانها كالذمي مع المسلم عنده.

لهما: أنها إن ساوت المسلم في التجارات لكنها انتقلت وأديت من المسلم في بعض ما يستفاد بالتجارة، فإن المرتدة لو اشترت عبدًا مسلمًا أو مصحفًا، فإنه لا يبقى ولا يقرر على ملكها بخلاف المسلم وغير المتقرر لا يساوي المتقرر والمساواة فيما يستفاد التجارة شرط لصحة المفاوضة وإنما صحت شركة العنان معها؛ لأن تصرفها نافد فكذا شركتها فيكره؛ لأن المرتد لا يبالي عن العقود الفاسدة، ولا يتحرز عن الربا فلا يأمن أن يطعم المسلم الربا ولا تصح شركة المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة ذكره الكرخي في مختصره؛ لأن العوام لا يقضون على شروط المفاوضة ولا يهتدون إلى معناها فربما يقع الخلل فيها لو أتى بمعناها حتى لو أتى العاقد بما يشتمل على معناها صح لأن العبرة بالمعنى دون الصورة.

وأما حكمها: فصيرورة كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في التجارة في النصف وعاقدًا بنفسه في النصف وكفيلًا بما يجب على صاحبه لما بينا ثم المفاوضة جائزة استحسانًا خلافًا للشافعي؛ لأنها مشتملة على الوكالة والكفالة والشركة في الربح وكل واحد بانفراده صحيح، فإذا انتظمتها المفاوضة صحّت؛ لأن الوكالة لشري المجهول والكفالة للمجهول تجوز ضمنًا وتبعًا إن لم تجز مقصودا؛ لأن المقصود من الشركة تحصيل الربح لا تحصيل المشترى، وإنما يحصل الربح بالمعقود في أنواع السلع مرة بعد أخرى وهذا المقصود لا يفوت بجهالة المشتري فصحت، وإن تضمنت توكيلًا بشراء مجهول كما صحت شركة العنان والمضاربة، وإن تضمنت توكيلًا بشراء مجهول الجنس من السلع وكذا الكفالة للمجهول جائزة حكمًا لغيره وهو تحقيق المساواة، فإن المفاوضة تقتضي المساواة ولا تقع المساواة بينهما إلا

بعد أن يصير كل واحد منهما كفيلًا عن صاحبه وقد يثبت الشيء حكمًا لغيره، وإن كان لا يثبت قصدا كعزل الوكيل.

وأمّا شركة العنان فمالك والشافعي لم يستجيزا إطلاق هذا الاسم على هذه الشركة وقالا هذه كلمة يطرق بها أهل الكوفة ليمكنهم التمييز بين الشركة الخاصة والشركة العامة من غير أن يكون مستعملا في كلام العرب وهذا خطأ فإن هذا الاسم مستعمل في كلام العرب، قال النابغة[1]: [الوافر]

وَشَارَكْنَا قُرَيْشًا فِي تُقَاهَا ... وفي أحسابها شِرْكَ العِنَانِ

وله مأخذ صحيح قيل العنان سبق من قولهم عنّ إذا حبس، ولهذا سمي العنين عنينا؛ لأنه صار محبوسًا عن النساء وسمي عنان الدابة عنانا؛ لأنه يحبس الدابة عن بعض الانطلاق فسميت هذه الشركة عنانا؛ لأن كل واحد يحبس صاحبه عن بعض التجارات في ماله وقيل إنه مشتق من الاعتراض يقال عنّ الشيء وعنّ لفلان كذا إذا عرض وظهر له فسميت هذه الشركة عنانا لأنه اعترض وظهر لهما تجارة خاصة من بين التجارات.

وأمّا صورتها: فهي أن يشترك اثنان في نوع خاص أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكر أن الكفالة والمفاوضة فيها فتضمنت معنى الوكالة دون الكفالة حتى يجوز هذه الشركة بين كل من كان من أهل التجارة كالعبد والصبي المأذون والمكاتب والذمي كما يجوز بين الأحرار البالغين المسلمين لأن قبول الوكالة صحيح منهم.

وأمّا شرط جوازها: فكون رأس المال عينًا حاضرًا أو غائبًا عن مجلس العقد لكن مشار إليه؛ لأنه متى كان دينًا يصير حينئذ شركة الوجوه لما تبين، والمساواة في رأس المال ليست بشرط؛ لأن لفظة العنان لا تقتضي المساواة ولا تثني عنه ولا تثبت مقتضى الشركة؛ لأن الشركة قد ثبتت في الشيء على التفاوت والتفاضل، ويجوز التفاضل في الربح مع تساويهما في رأس المال خلافًا لزفر والشافعي.

---

(١) البيت للنابغة الجعدي، وانظر: الأغاني ١/١٢٠، والصحاح ١/٣٥٤.

لهما: أن التفضيل في الربح لو صح أدى إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن الضمان يجب على كل واحد منهما بقدر رأس المال فمتى استويا في رأس المال فقد استويا في الضمان، فلو صح التفاضل في الربح صار صاحب الفضل آخذًا زيادة ربح من غير ضمان وهذا لا يجوز كما في شركة الوجُوه.

لنَا: أن شركة العنان انتظمت معنى المضاربة؛ لأن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه ويستحق ربح مال الآخر بعمله فيه مع ثبوت يده عليه وهذا هو معنى المضاربة، فإن المضارب يستحق الربح بعمله في مال غيره، وقد يكون أحدهما أهدى إلى العمل وأرشد وأحذق في التصرف من الآخر فجاز أن يستحق زيادة في الربح بأن ازدياد عمله كما في المضاربة، إلا أن في المضاربة لو شرط رب المال عمله مع المضارب يبطل وفي الشركة يصح؛ لأن المضاربة أمانة والأمانة لا تتم إلا بالتخلية بين الأمين والأمانة، فمتى شرط عمل رب المال معه لم يوجد التخلية، فأما في الشركة كل واحد منهما كالأخير في مال الآخر؛ لأنه يعمل له بأجر الربح فشرط عمل رب المال لا يبطل العقد كمن استأجر أجيرًا بعينه على العمل جاز.

وأمّا حكمها: فصيرورة كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في التجارة في النصف؛ لأن مبنى الشركة على الوكالة لما بينا ولا يصير كل واحد كفيلًا عن صاحبه؛ لأن شركة العنان لا تقتضي المساواة؛ لأن اللفظ لا ينبى عنها.

وأمّا شركة الوجوه فتفسيرها أن الناس يبايعونهما بجاههما وحشمتهما؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلّا من له وجاهة عند الناس، وصورتها أن يشتركا ليشتريا بالنسيئة ويبيعا وما ربحا فهو بينهما وهي جائزة عندنا خلافًا للشافعي لتعامل الناس في الأعصار من غير نكير؛ ولأنه أمكن تصحيح هذه الشركة بأن يجعل كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف مشتريًا لنفسه في النصف فيقع المشترى مشتركا، كما لو قال لغيره اشتر هذه العين على أن تكون بيننا ويكون وجوب الضمان عليهما على الشركة، ومتى تحققت الشركة في التصرف والضمان تحققت الشركة في الربح فكانت هذا شركة تفيد مقصودها وتثمر ثمرتها فيجوز.

وأمّا شرط جوازها: فأن يكون التصرف الذي اشتركا فيه قابلا للتوكيل؛ لأن

حكمها ثبوت الشركة في التصرف، ولا تقع الشركة في التصرف إلا بصيرورة كل واحد وكيلًا عن صاحبه في النصف، وأن يكون الربح بينهما على قدر ملكيهما، ولا يجوز التفاضل في الربح مع تساويهما في الملك؛ لأن اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن الضمان يجب عليهما بقدر الملك في المشتري فزيادة الربح على قدر الملك يكون ربح ما لم يضمن وتصح شركة الوجوه مؤقتة؛ لأن الشركة في معنى توكيل فوض المشيئة إلى الوكيل كأنه قال لصاحبه اشتر لي بهذه الدراهم ما شئت وهذا جائز مطلقًا ومؤقتًا، وهل تتوقت هذه الشركة بالوقت؟

روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنها تتوقت حتى لا تبقى الشركة بعد مضي الوقت.

وقال الطحاوي: هذه الرواية مما لا يكاد يصح على ما روي عنهم في الوكالة أن من وكل رجلًا بشراء عبدًا ويبيعه اليوم لا تتوقف الوكالة باليوم فإذا لم تتوقف الوكالة لا تتوقف الشركة ضرورة.

وقال غيره من مشايخنا: بأن هذه الرواية في الشركة صحيحة وصارت الشركة والوكالة على الروايتين في رواية تتوقت الشركة والوكالة؛ لأنهما يقبلان الخصوص في النوع فتقبلان التوقيت بالوقت، وفي رواية لا تتوقت؛ لأن ذكر الوقت قد يكون لقصر الوكالة والشركة عليه وقد يكون لاستعجال العمل فيما لا يحتاج إلى التوقيت، فإن كان المراد بذكر الوقت القصر عليه ترتفع الوكالة بمضيه، وإن كان المراد به الاستعجال لا ترتفع والوكالة والشركة ثابتة للحال تتعين وترفع الشك في ارتفاعهما بمضي الوقت فلا ترتفع بالشك، ولهذا لا يتوقت الإذن وإذا قال أحدهما لآخر: ما اشتريت اليوم من بيتي فهو بيني وبينك، روى أبو سليمان عن محمد أنه تصح الشركة لأنهما نصّا على حكم الشركة والعقد يثبت بذكر الحكم اقتضاء كما لو ذكر الشراء من الجانبين.

وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: أنه لا يصح إلا إذا قال: ما اشتريت اليوم وما اشتريت أنت فهو بيننا يصح؛ لأنهما لم يذكرا الشركة ولا حكمها على الخصوص؛ لأن حكم الشركة على الخصوص أن يصير كل واحد

منهما وكيلًا عن صاحبه، ولم يذكر كل واحد مما هو بوكيل لصاحبه وهو ذكر الشراء فلم تثبت الشركة لا نصًا ولا اقتضاء بخلاف ما لو ذكرا شراءهما؛ لأنه ذكر كل واحد ما هو توكيل صاحبه فقد نصّا على حكم الشركة على الخصوص فتثبت الشركة اقتضاء.

وأمّا الشركة في العروض: فلا يجوز سواء كانت من الجانبين أو من أحدهما خلافًا للمالك؛ لأن الشركة تقتضي الوكالة والتوكيل على الوجه الذي تضمنه الشركة لا يصح في العروض؛ لأنه يصير كأنهما قالا اشتركا على أن يبيع عرض كل واحد منا ليكون ثمنه بيننا.

ولو قال لغيره: بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز بخلاف ما لو قال: اشتر بألف من مالك على أن المشترَى بيننا جازت الشركة؛ ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة، فإن الربح لا يظهر إلا بعد سلامة رأس المال والقيمة مجهولة، وفي القسمة لا يعرف إلا بالحزر والظن فيكون رأس المال مجهولًا عند القسمة.

وأمّا الشركة في الأعمال فنوعان: جائزة، وفاسدة.

فالجائزة الشركة في الصناعات وهي أن يشترك اثنان ليتقبلا الأعمال والأجر بينهما وهي جائزة اتحد عملهما كالقصارين أو اختلف كالقصار والخياط.

وقال الشافعي هذه الشركة فاسدة.

وقال مالك وزفر: يصح إذا اتحدت الأعمال ولا تصح إذا اختلفت.

والصحيح قولنا؛ لأن هذه شركة تفيد مقصودها لأن مقصودهما الشركة فيما يستفاد بالعمل وهو الأجر، والشركة في حقيقة العمل إن كانت لا تتحقق ولكن في حق ضمان العمل يتحقق؛ لأن ما يتقبل كل واحد من العمل تحت ضمان العمل كله في ذمة المتقبل في نصفه أصيل وفي نصفه وكيل عن صاحبه في التقبل عليه، والوكالة في قبول العمل جائزة ومتى تحققت الشركة في ضمان العمل وهو سبب لحصول المال؛ لأن الأجر يستحق بالعقد والتقبل لا بالعمل، فإنه متى عمل بغير عقد لا يستحق الأجر تحققت الشركة في المال فجازت كما في شركة الوجوه،

ويجوز التفاضل في الربح في شركة التقبل؛ لأن الربح إنما يستفاد بمقابلة العمل؛ لأنه بدل عمله والعمل لا يتقوم إلا بالعقد فيتقوم بقدر التقويم، فإذا قومنا عمل أحدهما ثلثي المستفاد لجودة عمله وحسن صناعته وعمله الآخر بالثلث كان كما قومنا وصار المشروط له الزيادة أخذًا بدل عمله لا ربحًا فجاز كمن استأجر رجلين بحفر بئر وسمى لأحدهما أكثر أجرًا مما سمى به الآخر.

وأمّا الشركة الفاسدة: فهي الشركة في الأشياء المباحة كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد واحتباء الثمار من الجبال وحفر المعادن ونقل الطين والملح والجص والكحل وطبخ الآجر ونحوه ولكل واحد ما استولى عليه، وقال مالك: بأنها جائزة.

والصحيح قولنا؛ لأن الشركة تقتضي الوكالة والوكالة في أخذ المباحات باطلة؛ لأن التوكيل تفويض ما لا يملكه الوكيل إلّا بأمر الوكيل فيكون الوكيل نائبا عنه في تصرف بملك الموكل بنفسه وهذا لا يمكن تحقيقه في أخذ المباحات؛ لأن الوكيل يملك أخذ المباحات بنفسه من غير تفويض وتسليط أحد فكان فعل الوكيل واقعًا لنفسه وهذا كمن وكل بالاتهاب أو الاستقراض إذا اتهب أو استقرض مطلقًا وقع الفعل للوكيل دون الموكل فكذا هذا وقع الأخذ للشريك وهو سبب الملك بانفراده فينفرد بملكه، فإن أعانه الآخر بشيء وله أجر مثله لا يجاوز به نصف الثمن عند أبي يوسف وعندهما بالغًا ما بلغ له أن يسميه النصف في الشركة الصحيحة والشركة ما فسدت بجهالة التسمية وإنما فسدت لكون المعقود عليه غير قابل للوكالة فشابهت هذه الشركة الإجارة الفاسدة باشتراط شرط فاسد لا بجهالة التسمية وثمة لا يراد أجر المثل على المسمى؛ لأنه رضي بأن لا يجب له أكثر من المسمى فكذا هذا.

وأمّا إذا لم يصيبا شيئًا فقد قبل عنده لا يجب شيء كما في المضارب وقيل يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأنه لا يمكن تقدير أجر المثل بنصف المجموع.

لهما: أن هذه الشركة متى فسدت انقلبت إجارة فاسدة وتسمية نصف المجموع تسمية مجهولة، فإنه لو استأجر رجلًا ليعينه في الاحتطاب بنصف المجموع يكون للمعين أجر المثل بالغًا ما بلغ وهذا؛ لأن المسمى متى كان معلومًا في الإجارة

الفاسدة فقد علمنا أنه أبرأه عن الزيادة على المسمى ومتى كان مجهولًا لم يعلم بإبرائه عن الزيادة على المسمى بل هو مسلوك فيه فلا تثبت البراءة بالشك.

طين النورة مملوك لرجل فاشتركا على أن يشترياه ويطبخاه جاز؛ لأنه يصح التوكيل في شرائه وطبخه فصحت الشركة فيه والله أعلم.

(باب ما يصلح أن يكون رأس المال وما لا يصلح)

والشركة بالأموال لا تصح إلّا بمال حاضر عند العقد أو عند الشراء ولا يصح بمال غائب أو دين في الحالين حتى لو دفع إلى رجل ألفًا فقال: أخرج من عندك ألفًا آخر فاشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا، فأخرج ألفا واشترى بهما جاز، وإن وجد المال عند الشراء لا عند العقد؛ لأن عقد الشركة لا يتم ولا يبرم إلا بالشراء؛ لأنه لا يتم مقصوده ولا يتوفر عليه ثمرته وهو الربح إلا بالشراء فقبل الشراء كان لبقائه حكم ابتدائه ويصح عقد الشركة بالنقدين؛ لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل بالشراء بهما صحيح.

ولو كان لأحدهما ألف درهم ولآخر مائة دينار أو لأحدهما دراهم بيض والآخر سود فاشتركا جازت الشركة خلافًا لمالك وزفر والشافعي وهذا بناء على الخلط ليس بشرط لصحة الشركة عندنا وعندهم شرط.

لهم: أن مقصود عقد الشركة هو إثبات الشركة في الربح والشركة في الربح لا تتحقق إلا بالخلط؛ لأن الربح إنما يستفاد وينال بالمال وبالتصرف والتقلب فيه وقبل الخلط إن تثبت الشركة في التصرف لم تثبت الشركة في المال فلا تتحقق الشركة في الربح وإذا ثبت أن الخلط شرط فالخلط لا يوجب الشركة إلا حال اتحاد الجنس.

لنا: أن الشرط في الربح يتحقق بدون الخلط؛ لأن الربح يستفاد بالتصرف والضمان لا برأس المال؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات عندنا ولا يتعلق العقد بعينهما فلا يكون حصول الربح مضافًا إليهما بل إلى التصرف والضمان وقد تحققت الشركة فيهما قبل الخلط؛ لأن جميع الثمن يجب في ذمة العاقد نصفه بالأصالة ونصفه بالوكالة عن صاحبه فقد اجتمع النصيبان في ذمته والتصرف يقع على الشركة فيقع الربح على الشركة والتبر والحلي بمنزلة العروض

لا يجوز الشركة في رواية هذا الكتاب وفي رواية كتاب الصرف جعله ثمنا لما بينا، وتجوز الشركة بالفلوس عند محمد، وعند أبي يوسف لا تصح.

وعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، وهذا بناء على أن الفلوس لا تتعين ولا تصير سلعة بالتعيين عند محمد، وعند أبي يوسف تتعين وتصير سلعة بتعيينها لما عرف ولا تجوز الشركة بالمكيل والموزون والعدديات المتقاربة قبل الخلط لأنها عروض عن التعيين، والشركة في العروض فاسدة، وإن خلطا وهو جنس واحد فشركة العقد فاسدة وشركة الملك ثابتة؛ لأن شركة الملك حصلت مشاهدة بالخلط فلا يوصف بالفساد وما ربحا فلهما والوضيعة عليهما ولم يذكر في الأصل خلافًا.

وذكر الكرخي فيه خلافًا، قال أبو يوسف: هي شركة أملاك فالربح بينهما على قدر ملكيهما؛ لأنه بالخلط لا يصير ثمنا فلا يصح رأس مال الشركة.

وقال محمد: تصح شركة العقد بالخلط؛ لأن المكيل والموزون يصلح ثمنا، ومعنى الثمنيَّة فيه ثابت إلا أن قبل الخلط لم تصح الشركة؛ لأنه لا يمكن تحقيق الوكالة التي تقتضيها الشركة، فإنه لو قال اشتر بحنطتك شيئًا على أن يكون بيننا لا يصح وبعد الخلط يمكن تحقيق الوكالة فصحت الشركة، فإن باعاه بعد الخلط فالثمن على قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوط. قال عامة مشايخنا: الصحيح أن يقال يوم باعاه، فإن زاد الخلط أحدهما خير الصرف بقيمته يوم يقسمون غير مخلوط قبل الصواب بقيمته غير مخلوط يوم البيع؛ لأن حق كل واحد منهما انتقل من العين إلى الثمن بالبيع فيجب اعتبار قيمته يوم البيع كما في العروض إذا باعها كان الثمن بينهما على قيمة مالهما يوم البيع وقال بعضهم: المذكور في الكتاب صحيح لأن بالخلط بإذن المالكين يصير نصيب كل واحد زائلا إلى صاحبه من وجه حتى لا يجوز بيعه من الأجنبي إلّا برضا صاحبه لما بينا فيجب العمل بالسهمين فاعتبرنا شبه الزوال فيما انتقص بالخلط وهو الحنطة واعتبرناه زائلا إلى الثمن يوم الخلط واعتبرناه شبه القيام فيما ازداد وهو الشعير واعتبرناه قائما في ملكه بعد الخلط وجعلناه زائلا بالبيع عملًا بالسهمين.

اشتريا متاعًا بكر حنطة وكر شعير فكال أحدهما الحنطة والآخر الشعير ثم باعا

ذلك بدراهم يقسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقسمان قيل الصواب أن يقسمان على قيمتهما يوم البيع؛ لأن هذا بيع المساومة لانعدام التنصيص على المرابحة والثمن في بيع المساومة يقسم على قيمة ملكهما يوم البيع لأنه وقع لكل واحد منهما من الملك يومئذ بقدر القيمة وقيل ما ذكره محمد صحيح؛ لأن ما ذكره محتمل البيع المرابحة بأن كان باعه مرابحة بكر حنطة وكر شعير وربح عشرة دراهم وقد بين بدلالة الجواب أنه أراد به البيع مرابحة وبين أن البيع الأول كان بكر في الذمة؛ لأن بيع المرابحة لا يصح إلا بعد أن يكون الكر في الذمة دل عليه أنه قال اشتر بكر حنطة وكال، ولو كان كرًا بعينه ما احتاج إلى الكيل والثابت دليلًا كالثابت صريحًا فصار كأنه نص وقال: باعه مرابحة على الثمن الأول فربح عشرة مثلا.

(المنتقى): رجلان لكل واحد طعام فاشتركا عليهما وخلطاهما وأحدهما أجود من الآخر فالشركة جائزة والثمن بينهما نصفان؛ لأن هذا يشبه البيع حين خلطاه على أنه بينهما وقال في موضع آخر في هذا الكتاب: يقسم الثمن على قيمة الجيد وقيمة الرّديء.

(باب شركة المفاوضة)

ولا بد للمفاوضة من المساواة في المال الذي يصلح رأس مال الشركة حتى لو تفاضلا فيما تصح به الشركة لا تصح المفاوضة؛ لأن مبناه على المساواة وإن تفاضلا فيما لا يصلح رأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون جازت المفاوضة؛ لأن التفاضل في ذلك لانعدام التساوي فيما تنعقد عليه المفاوضة حتى لو ورث أحد المتفاوضين الدراهم والدنانير أو وهب ذلك لأحدهما وقبضه أو جنى عليه وأخذ الأرش بطلت المفاوضة، وإن ورث عروضا أو ديونا لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون؛ لأن كل ما قاربه يمنع صحتها، فإذا طرأ عليها يبطلها؛ لأنه لم يتم عقد الشركة في الفاضل لما نبيّن، وإذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير، ولأحدهما سُود وللآخر بيض جازت المفاوضة.

وإن استوت قيمتهما في ظاهر الرواية لأنهما متحدا الجنس من حيث المعنى

وهو ثمنية الأشياء، ولهذا جعلا كجنس واحد في تكميل نصاب الزكاة وتقويم المتلفات حتى كان القاضي بالخيار في التقويم فأيّهما شاء فيعتبر هنا جنسًا واحدًا احتيالا لجواز المفاوضة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز؛ لأن المساواة بينهما لا تعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة وإن تفاضلا في القيمة فلا تجوز المفاوضة وهي عنان.

وروي عن أبي يوسف أنه يجوز؛ لأن الجودة في أموال الربا لا قيمة لها إذا قوبلت بجنسها فكأنها على صفة واحدة. وجه ظاهر الرواية أن شرط صحّة المفاوضة المساواة في رأس المال ومتى كان لأحدهما فضل على الآخر من حيث القيمة فلم يستويا في رأس المال فلا تصح المفاوضة كما لو تفاضلا من حيث القدر والجودة في أموال الربا لا قيمة لها في حق حرمان الربا لا فيما عداه ومتى فقدت المساواة في رأس المال انقلبت عنانا؛ لأن المساواة فيه ليس بشرط وإن كانا سواء وقت الشركة ثم فصل أحدهما فهو على ثلاثة أوجه: إما أن حصل الفضل قبل الشراء بالمالين أو بعد الشراء والنقد أو بعد الشراء قبل النقد، فإن فضل أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة؛ لأن التفاضل حصل ورأس المال في ملكهما؛ لأنه لم يستحق على صاحب الفضل شيء فبقي ملكه في رأس المال حقيقة وحكمًا فوجب التفاضل فيما يصلح رأس المال ففسدت المفاوضة.

كما لو ورث أحدهما دراهم أو دنانير فسدت المفاوضة؛ لأن عقد الشركة قبل الشراء غير لازم متأكد؛ لأن المقصود من الشركة التجارة لعرض الاسترباح، فإذا لم يحصل المقصود قبل الشراء لم يتم العقد، فإذا زال التساوي قبل الشراء انتقض العقد، وإن حصل الفضل بعد الشراء والنقد لا يفسد؛ لأنه انتهى موجب عقد الشركة وتأكد بالشراء وانتقل كلّ واحد من رأس المال إلى المبيع فالزيادة حصلت فيما استفاد من مال الغير لا في مالهما بخلاف ما لو ورث أحدهما دراهم أو دنانير أو وهب ذلك لأحدهما وقبضه بعد الشراء بالمالين يفسد المفاوضة؛ لأنه فضل أحدهما صاحبه فيما يصلح رأس المال للمفاوضة فأمّا الزيادة من حيث القيمة بعد الشراء حصل في مال الغير لا في مال أحدهما فلم يفت التساوي في مالهما، وإن حصل الفصل بعد الشراء قبل النقد

يفسد قياسًا؛ لأنه ازداد أحد المالين ورأس المال بقي في ملكهما ولا يفسد استحسانًا؛ لأن رأس المال وإن بقي في ملكهما إلا أنه استحق على كل واحد منهما والمستحق كالمعدوم حكمًا لأنه صار كالمصروف إليه حكمًا كالماء المستحق بالغطس فصار كأنه فصل أحد المالين بعد الزوال عن ملكهما.

ولو اشتريا جميعًا بمال أحدهما ثم فضل الآخر ينظران إن فضل المال الذي حصل به الشراء لا تفسد المفاوضة؛ لأن موجب عقد الشركة قد تناهى بالشراء فحصلت الزيادة في مال الغير وإن فضل المال الذي لم يشتريا به فسدت المفاوضة قياسًا؛ لأن المشتري صار مشتركا بينهما ورأس مال الآخر بقي على ملكه فصار ماله أكثر ولا يفسد استحسانًا لأن الشراء بالمالين قل ما ينفق دفعة واحدة.

ولو اعتبرنا هذه المفاضلة مبطلة للمفاوضة يلحقهما الحرج فسقط اعتبارها دفعًا للحرج كما لو اشترى أحدهما طعامًا لقوته وكسوة للبسه أو لعياله لا تنتقض المفاوضة وإن فضل أحدهما صاحبه ولأن الذي اشترى بماله وجب له على شريكه نصف ما قضاه من ماله فصار نصف ما في يد الآخر مستحقا له فصار كالمعدوم والزائل معنى فلم توجد المفاضلة معنًى.

ولو اشتريا بالمالين شيئين في صفقتين فلكل واحد على صاحبه نصف رأس ماله دينًا عليه؛ لأن كل واحد صار مشتريا النصف لنفسه والنصف لصاحبه بحكم الوكالة لأنه لو لم يصر كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف لا تثبت الشركة في المشترى؛ لأن الأجر لم يشتره وقد نقد كل واحد نصف الثمن عن صاحبه من ماله فكان لكل واحد الرجوع على صاحبه بنصفه ولا يلتقيان قصاصًا؛ لأن صفة المالين مختلفة بخلاف ما لو اشتريا بالمالين شيئًا صفقة واحدة، فإنه لا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء؛ لأن كل واحد منهما لم يصر وكيلًا عن صاحبه في ذلك؛ لأن الوكالة في الشركة غير منصوص به وإنما أثبتنا الوكالة ضرورة إثبات الشركة في المشترى ولا ضرورة إلى إثبات الوكالة هنا لإثبات الشركة في المشترى لأنهما متى اشتريا صفقة واحدة يكون المشترى مشتركا بينهما من غير اعتبار الوكالة كما قبل الشركة فصار كل واحد منهما مشتريا النصف لنفسه وناقدًا رأس ماله عن نفسه فلا يستحق بما يقدر رجوعًا على صاحبه.

(باب شركة العنان)

اشتركا فجاء أحدهما بألف والآخر بألفين على أن الربح والوضيعة نصفان فالعقد جائز والشرط في حق الوضيعة باطل، فإن عملا فربحا فالربح على ما شرطا، فإن خسر فالخسران على قدر رأس مالهما.

وقال مالك والشافعي: هذه الشركة فاسدة وكذلك المضاربة إذا شرط فيها الوضيعة على المضارب فالمضاربة صحيحة والشرط باطل خلافًا لهما.

والصحيح قولنا؛ لأنه ليس في تفضيل الوضيعة إلا اشتراط ضمان على أحدهما بهلاك مال الآخر وصار كأنه قال أحدهما لصاحبه إذا هلك بعض مالك فهو عليّ، ولو صرح بهذا لا يستقيم؛ لأن مال أحدهما أمانة في يد صاحبه والأمانة لا تصير مضمونة بالشرط وهذا الشرط لا يستحق بعقد ما فاشتراطه لا يكون مفسدًا للعقد؛ لأن كل شرط لا يستحق بعقد ما لا يكون مفسدًا؛ لأنه لا يفضي إلى المنازعة ولأن هذه الشركة بعقد لإثبات الوكالة والمقصود منها الربح والوكالة لا تبطل بشرط فاسد والفساد لا يدخل في الربح لأنهما يستحقانه كما شرطا ولا تفسد به الشركة ثم المسألة على ثلاثة أوجه، الأول: إن شرطا العمل عليهما والربح بينهما نصفين والوضيعة على قدر رأس المال جاز خلافًا لزفر والشافعي؛ لأن استحقاق زيادة الربح لأحدهما بسبب العمل بدون رأس المال جائز لجواز أن يكون لأحدهما زيادة حذاقة وبصارة وهداية في التجارة فيكون الربح بزيادة المال كما في المضاربة لما بينا بخلاف اشتراط المفاضلة في الوضيعة لا يصح لأنه اشتراط ضمان فيما كان الإنسان أمينا فيه واشتراط الضمان على الأمين باطل لما فيه من تغيير لحكم الشرع؛ وإن عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما على ما شرطا؛ لأن عمل أحدهما يقع عنهُمَا كالمضارب استعان برب المال فعمل يستحق الربح وكان ذلك العمل واقعًا عن المضارب فكذا هذا لأنه بمعنى المضاربة لما بينا.

وإن شرطا العمل على أحدهما ينظر إن شرطا العمل على أكثرهما ربحًا جاز؛ لأنه عامل في ماله وربح ماله له وعامل في مال شريكه ببعض ربحه والربح مستحق

بالعمل كالمضارب، وإن شرطا العمل على أقلهما ربحًا خاصة لا يجوز والربح لهما على قدر رأس مالهما؛ لأن الربح لا يستحق إلا بمال أو بضمان عمل وليس لصاحب فضل الربح مال ولا ضمان عملي فبقي استيهاب المعدوم والربح ممّا يستحق بالعقد فيكون شرطا فاسدًا فيكون الفساد في الربح الذي هو المقصود بالعقد فيفسد فإنه يفضي إلى المنازعة.

لأحدهما ألف درهم ولآخر مائة دينار وهلك أحد المالين فلا يخلو إما أن هلك قبل الشراء بهما أو بعد الشراء بأحدهما، فإن هلك قبل الشراء بهما هلك من مال صاحبه وتبطل الشركة خلطا أو لم يخلطا؛ لأن ما هلك عين مال أحدهما بيقين وهي أمانة في يد صاحبه فكان هلاكه على مالكه كما قيل عقد الشركة بخلاف ما لو اتخذ جنس رأس مالهما وقد هلك بعضه بعد الخلط يهلك على الشركة لأنا لم نتيقن بأن الهالك مال أحدهما بعينه وليس أحدهما بأن يجعل الهلاك عليه بأولى من الآخر فيجعل الهلاك عليهما وتبطل الشركة؛ لأنه متى بطلت الشركة في الهالك قبل العمل؛ لأن الشركة عقدت لاستثمار المال واسترباحه وذلك لا يتصور بعد هلاكه بطلب في المال الآخر؛ لأن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه في ماله إلا بشرط الشركة في مال صاحبه.

وإن هلك أحدهما وهو الدنانير بعد الشراء بالآخر هلك من مال صاحبه والمتاع بينهما على رؤوس ماليهما؛ لأنه اشترى والشركة بينهما قائمة فوقع المشترى مشتركا بينهما والشركة لا تنتقض بهلاك المال بعد ثبوت الملك.

لهما في المشترى فصار بمنزلة ما لو هلك أحد العوضين في بيع المقابضة بعد التقابض لا يوجب انتقاض البيع فكذا هذا وأيهما باع فبيعه جائز؛ لأن شركة العقد بينهما قائمة.

وذكر الكرخي رحمه الله الثابت بينهما شركة الأملاك لا يملك أحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر؛ لأن الشركة انتقضت بهلاك المال والصحيح هو الأول ويرجع صاحب الدراهم عليه من ثمنه بقدر حصته؛ لأن صاحب الدراهم وكيل عن صاحبه بشراء ما يخصّه من المتاع وقد نقد ثمن حصّة صاحب الدنانير من مال نفسه فيرجع بذلك عليه.

وإن اشتريا بالدراهم متاعًا فوضعا في أحدهما وربحا في الآخر فالربح

والوضيعة عليهما على قدر ملكيهما في المشترى يوم الشراء وهو الصحيح والأصل فيه أنه يعتبر قيمة رأس المالين إذا كانا مختلفين يوم الشركة لاستحقاق أحدهما زيادة الرّبح؛ لأن سبب استحقاق زيادة الربح على رأس ماله من مال صاحبه هو الشرط، فإنه لولا الشرط كان الربح مقسومًا بينهما على قدر رأس ماليهما فالمشروط له الزيادة إنما استحق زيادة الربح بالشرط والشرط وجد يوم الشركة فيعتبر قيمة رأس ماليهما يوم وجد سبب استحقاق زيادة الربح وهي الشركة كما في الغصب والرهن والبيع ويعتبر قيمتها يوم الشراء ليعلم مقدار ملكيهما في المشترى؛ لأن حقهما إنما ينتقل من رأس المال إلى المشترى بالشراء ويعتبر قيمتها يوم القسمة لتحصيل رأس ماليهما؛ لأن حقهما إنما يصير منتقلا ومحولا من المشترى إلى رأس المال يوم القسمة ليظهر ربح مال كل واحد منهما فيجب اعتبار قيمتهما يوم القسمة.

(**النوادر**): عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى آخر ألفا فقال: اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل أن يشتري به فلا ضمان عليه وليس هذا بعرض وإنما هو شركة وإن هلك بعد الشراء فالضمان عليهما نصفان؛ لأنه نص على الشركة والقبض وقع بجهة الشركة المنصوص عليهما والقبض بجهة الشركة لا يوجب ضمانا إلا بعد الشركة المنصوص عليهما والقبض بجهة الشركة لا يوجب ضمانا إلا بعد الشراء فضمن نصف ما نقد من ثمن المشترى من ماله.

وقال محمد: إذا هلك قبل أن يشتري شيئًا ضمن نصف المال؛ لأن الشركة في المشترى والربح والوضيعة لا يكون إلا بعد وجود رأس المال من قبله فيضمن هذا إقراض النصف منه والقبض بجهة الفرض يوجب الضمان عليه مطلقًا، ألا ترى لو قال: اشتر بهذه الألف على أن الربح كله لك كان هذا قرضا في الكل فكذا إذا اشرط في النصف

(**الجامع**): لأحدهما مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة درهم والآخر ألف درهم فاشتركا عنانا وشرطا الربح والوضيعة على قدر رأس المال فاشترى بها صاحب

الدراهم جارية ثم هلكت الدنانير فالجارية بينهما وربحهما أخماسا ثلاثة أخماسه لصاحب الدنانير وخمسان لصاحب الدراهم لما بيعا إن حال شراؤها كانت الشركة قائمة وبهلاك أحد المالين لا تنتقض الشركة والربح يقسم على قدر ماليهما يوم الشراء ومقدار رأس المال يوم الشراء على خمسة أسهم خمسان لأحدهما وثلاثة أخماسه لآخر ويرجع صاحب الدراهم على الآخر بثلاثة أخماس الألف لأنه صار وكيلًا عن صاحبه في الشراء في ثلاثة أخماس الجارية وقد نقد ثمن ذلك من ماله.

ولو كان على عكسه رجع صاحب الدنانير عليه بخمسي الثمن أربعون دينارا لما عرف، فإن اشترى صاحب الدنانير بها غلاما والآخر بألفه جارية وقبضا وهلكا يهلكان من مالهما؛ لأن كل واحد حين ما اشترى كانت الشركة بينهما قائمة فوقع ما اشترى كل واحد مشتركا بينهما فيهلك على الشركة ويرجع كل واحد منهما على الآخر بما يرجع به حالة الاقتراف والانفراد.

ولو شرط الربح نصفين فاشتريا بالدنانير غلاما وبالدراهم جارية ثم باعهما بألفي درهم فثلاثة أخماسها لصاحب الدنانير وخمسمائة لصاحب الدراهم ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بثلاثة أخماس الدراهم سبعمائة وصاحب الدنانير على الآخر بأربعين دينارا؛ لأن كل واحد يرجع بما أدى عن صاحبه بحكم الوكالة عنه كما في حالة الانفراد.

ولو باعا العبد والجارية بثلاثة آلاف أخذ كل واحد رأس ماله والباقي بينهما كما شرطا لأن الثمن يقسم بينهما أخماسًا على قدر ملكيهما في الغلام والجارية ثلاثة أخماس ثلث الألف وذلك ألف وثمانمائة لصاحب الدنانير وألف وخمسمائة رأس ماله وثلاثمائة ربحه وخمسا ثلاثة آلاف لصاحب الدراهم وذلك ألف ومائتان ألف رأس ماله ومائتان ربحه فظهر انقسام الربح على قدر رأس ماليهما.

(باب ما يجوز لأحد شريكي العنان أن يعمل في المال)

ولكل واحد من شريكي العنان أن يشتري ويبيع بالنقد والنسيئة إذا كان في يده

مال ناض من الشركة أو مكيل أو موزون فاشترى بذلك الجنس شيئًا؛ لأن ما كان من جنس التجارة يندرج وينطوي عليه عقد الشركة فصار كل واحد وكيلًا بالتجارة عامًا، وإن لم يكن في يده مال ناض وصار مال الشركة أعيانا وأمتعة فاشترى بدراهم أو دنانير نسيئة فالمشتري له خاصة دون شريكه؛ لأنه لو وقع على الشركة صار مستدينًا على مال الشركة وأحد شريكي العنان لا يملك الاستدانة إلا أن يؤذن له في ذلك.

ورُوي عن أبي حنيفة إذا كان في يده دنانير فاشترى بدراهم جاز خلافًا لزفر لأنهما متحدا الجنس لما بينا.

ولو اشترى من جنس تجارتهما وأشهد عند الشراء أنه يشتريه لنفسه فهو مشترك بينهما؛ لأن كل واحد منهما فيما كان من جنس تجارتهما في النصف بمنزلة الوكيل يشتري العين والوكيل يشتري شيئًا بعينه لا يملك أن يشتريه بعينه لنفسه فكذا هذا.

ولو اشترى شيئًا ليس من جنس تجارتهما فهو له خاصّة؛ لأن هذا النوع من التجارة لم ينطو عليه عقد الشركة.

ولو اشترى أحدهما شيئًا من تجارتهما ليس للآخر أن يرد بالعيب لأنه من حقوق العقد فيكون حقا للعاقد وكل واحد منهما وكيل في التصرف لا في الخصومة فلا يملك الخصومة في العيب.

ولو قال أحدهما فيما باعه الآخر جازت الإقالة بمعنى البيع في تحصيل الربح، فإن الربح يتحقق بالبيع مرّة وبالإقالة أخرى وله الانصياع ودفع المال مضاربة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ليس له أن يدفع مضاربة؛ لأنه فيه إثبات الشركة في الربح للمضارب وأحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره إلا أن ينص عليه وجه ظاهر الرواية أن دفع المال مضاربة لاكتساب الربح وتحصيل المال لا لإثبات الشركة في الربح مقصودًا بل الربح بمنزلة أجرة العمل.

ولو استأجره للعمل جاز، وإن كان مضمونا على المستأجر بالأجرة، وإذا دفع إلى من يعمل ببدل عين مضمون عليه أولى بالجواز ولا يملك أن يشارك غيره شركة عنان؛ لأن الشركة الثانية مثل الأولى والشيء لا يستتبع مثله فلا يجوز أن

يستفاد بمقتضى الشركة بيعًا. فأمّا المضاربة دون الشركة؛ لأن من المضاربة الشركة في الربح لا غير وفي المشاركة الشركة في الربح، والوضيعة ورأس المال فجاز أن يملك المضاربة بمقتضى الشركة تبعًا لها وله أن يودع ويوكل بالبيع ويحتال بالثمن ويستأجر؛ لأن هذا من جملة التجارة، فإن التاجر ربما لا يتمكن من مباشرة جميع التصرفات بنفسه ويحتاج إلى الحوالة والاستئجار فكان هذا من توابع التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لا يملك أن يوكل غيره؛ لأن الموكل طلب منه تحصيل العين برأيه ولا شيء للوكيل في أصل المال ولا في الربح وقد رضي برأيه فلا يملك تحصيله برأي غيره.

فأمّا الشركة معقودة للتجارة ولتحصيل الربح وللشريك نصيب من الربح والتوكيل بالشراء من جملة التجارة واكتساب الربح فملك بمقتضى الشركة.

ولو أخذ أحدهما مالًا مضاربة فالربح له خاصة أطلق الجواب في الكتاب وهو على التفضيل إن أخذ مالًا مضاربةً ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة؛ لأنه لم يدخل يجب عقد الشركة وكذا إن أخذ المال مضاربة بحضرة صاحبه ليتصرف فيما هو من تجارتهما؛ لأن كل واحد منهما فيما كان من تجارتهما بمنزلة الوكيل يشتري شيئًا بعينه والوكيل يشتري شيئًا بعينه إذا قبل الوكالة يشتري ذلك الشيء من ماله بحضرة من الموكل، فإنه يخرج من الوكالة ويصير وكيلًا لا للثاني فكذا هذا.

فأمّا إذا أخذ المال مضاربة ليتصرف فيما كان من تجارتهما أو مطلقًا حال عينه شريكه يكون الربح مشتركا بينهما؛ لأن الوكيل يشتري شيئًا بعينه إذا قبل الوكالة في الكل لغيره انصرفت الوكالة إلى ما يملك شراء لنفسه ولا ينصرف إلى ما يشتريه لصاحبه فيصير المشتري مشتركا بينهما النصف للمضارب والنصف لشريكه فيكون الربح نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب وربّ المال ولا يرهن أحدهما شيئًا من الشركة بدين عليه إلا بإذن شريكه؛ لأن الرهن إيفاء للدين حكمًا وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين نفسه من مال الشركة ولا دين شريكه من ماله إلا بأمره فكذا لا يملك أن يرهن من مال الشركة؛ لأن الداخل تحت شركة العنان ما هو تجارة من

كل وجه ولا يدخل ما هو تجارة من وجه، ولهذا لا يدخل فيها تزويج الأمة والكتابة وقضاء الدين ليس بتجارة من كل وجه؛ لأنه ليس بمبادلة له حكمًا وكذا لا يرتهن رهنا بدين من الشركة في نصيب شريكه إلّا إذا ولي عقده أو بأمر من وليه؛ لأن الارتهان اقتضاء للدين واستيفاؤه وهو لا يملك اقتضاء دين وجب بمبايعة شريكه حقيقة ولا يملك اقتضاؤه حكمًا بالارتهان به حكمًا فأمّا بملك اقتضاء دين وجب بمبايعته فيملك الارتهان به، فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب نصف الدين وهو حصة المرتهن؛ لأنه يملك استيفاء حصة نفسه وإن ولي العقد صاحبه، فإذا ارتهن فقد اقتضى الدين كله فصح الاقتضاء في حصته كما لو اقتضى الشريك الذي لم يل العقد الدين كله حقيقة صح قبضه في نصيبه فكذا هذا ولشريكه الخيار إن شاء رجع على المديون بنصف دينه ويرجع المديون على المرتهن بنصف قيمة الرهن، وإن شاء أخذ من شريكه حصته مما اقتضى؛ لأن الاقتضاء بالارتهان مقبوض بجهة الاستيفاء فيعتبر بالمقبوض بحقيقة الاستيفاء وأحد الشريكين لو اقتضى كل الدين كان شريكه بالخيار فكذا هذا.

ولو أقر أحدهما في تجارتهما وأنكر الآخر فلا يخلو من ثلاثة أوجه: إمّا أن أقر بدين وليه بنفسه، أو ولياه جميعًا، أو وليه شريكه بأن قال: اشتريت عبدًا من فلان بكذا، أو اشترينا أو اشترى شريكي.

وإن أقر بدين وليّه وأنكر الآخر لزم المقر جميعه؛ لأنه أقر بالدين على نفسه؛ لأنه في النصف مشتر لنفسه وفي النصف وكيل عن صاحبه وحقوق العقد راجعة إلى العاقد وادعى الرجوع بنصف الدين على شريكه فقبل إقراره على نفسه ولا يقبل دعواه على شريكه.

وإن أقر بدين وليّاه لزمه نصفه؛ لأنه أقر على نفسه بنصف الدين وعلى شريكه بالنصف فيقبل على نفسه دون صاحبه.

وإن أقر أن صاحبه وليه لم يلزمه شيء لأنه لم يقر على نفسه بشيء وإنما أقر على شريكه بجميع الثمن؛ لأن إبقاء الثمن يجب على العاقد دون موكله، وإن كان لهما دين على آخر فأحله أحدهما فهو على ثلاثة أوجه إن أحله العاقد جاز في

النصيبين ولا يضمن نصيب شريكه عندهما وعند أبي يوسف يجوز في نصيبه ولا يجوز في نصيب شريكه؛ لأنه وكيل في نصيب شريكه والوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن أو حط أو أجله يصح عندهما خلافًا لأبي يوسف، إلا أن هناك يضمن من ماله لموكله عندهما وهنا لا يضمن؛ لأن العاقد هنا لو أقال العقد ثم باعه بنسيئة جاز فلمّا ملك إنشاء البيع بثمن إلى أجل فلأن يملك التأجيل فيه أولى، فأمّا الوكيل بالبيع لا يملك الإقالة أو البيع بالنسيئة فلا يملك التأجيل، فإذا أقر ضمن.

ولو أجل غير العاقد أو عقدا جميعًا فأجّله أحدهما لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في نصيبه بناء على أن أحد ربي الدين لا يملك التأجيل في نصيبه عنده وعندهما يملك وهي تأتي في كتاب الصلح بخلاف المفاوض، فإنه يصح التأجيل فيه؛ لأن كل واحد من المتفاوضين فوض أمره إلى صاحبه فيما هو من صنيع التجارة والتأجيل من توابع التجارة؛ لأنّه محتاج إليه في التجارة فصار تأجيل أحدهما كتأجيل الآخر، وفي شركة العنان لم يجعل فعل أحدهما كفعلهما في التجارة فكذا فيما كان توابعها.

ولو استقرض أحدهما مالًا لزمهما؛ لأن الاستقراض تجارة ومبادلة معنى؛ لأنه يملك المستقرض ويلزمه ردّ مثله فشابه المضاربة أو الاستعارة وأيهما كان نقد على صاحبه وليس لأحدهما أن يقرض.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن له أن يقرض؛ لأن القرض معاوضة حقيقة، فإنه يملك المستقرض بعوض.

وجه ظاهر الرواية أن القرض إعارة حكمًا وعرفًا:

أمّا حكمًا: فإن المعاوضة فيه ساقطة الاعتبار حكمًا حتى لم يشترط قبض البدل في المجلس متى حصل العرض بالدراهم والدنانير.

وأمّا عرفًا: فإنه يشكر عليه في العاجل ويثاب عليه في الآجل ومتى سقط اعتبار المعاوضة شرعا وعرفا بقيت إعارة وهي تبرع واصطناع بمعروف فلا يملك أحد الشريكين وما استأجر أحدهما بشيء من تجارتهما جاز عليهما؛ لأنه تجارة معنًى؛ لأن تملك المنافع كتملك الأعيان ويزداد المال بذلك كما يزداد في التصرف في

الأعيان فيدخل تحت الشركة ولشريكي العنان وللمبضع والمضارب والمودع المسافرة بالمال عندهما.

وعند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ليس للشريك والمضارب أن يسافر؛ لأن المسافرة بالمال تعريض له على التوي والتلف، فإن المسافر وماله على قلة وخطر فصار مضيعا فلا يملك إلا بإذن صاحبه؛ لأنه مأمور بالتصرف نصًّا لا بالحفظ وإنما صار مأمورا بالحفظ ضرورة إمكان التصرف والضرورة تندفع بإظهار الأمر بالحفظ في المصر فلا يظهر الأمر بالحفظ في غيره كالوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه.

لهما: أن الإذن بالتصرف وجد عامًّا فيعم الأماكن كلها ومن ضرورة تعميم الإذن بالحفظ فيظهر الإذن بالحفظ عاما كالمودَع لما كان مأمورًا بالحفظ مطلقًا له أن يسافر بالوديعة.

ورُوي عن أبي يوسف في (المنتقى): وقال: إن سافر بماله حمل ومؤنة يضمن لا يلزم صاحبه مؤنة وهو لم يأذن له فيه، وإن سافر بما لا حمل له لا يضمن؛ لأنه لا يلحقه مؤنة فصار مأذونًا به مقتضى الإذن بالتصرف عامًّا والجواب عنه أن من يلحقه من المؤنة هو ملحق برأس المال ولا يعدّه التجار من باب الغرامة.

(باب ما يجوز لأحد المتفاوضين أن يعمل في مال المفاوضين)

أصله: أن المفاوضة لما كانت شركة عامة بنيت على المساواة تبنى على ثلاثة أشياء التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة وتوابعها والكفالة بما كان من ضمان التجارة، وعلائقها والاستواء في جنس رأس المال ابتداء وانتهاء وكل ما يجوز لشريك العنان أن يفعله فكذلك للمفاوض أعم؛ لأنها تضمنت ما يضمنه العنان وزيادة لما بينا ويجوز للمفاوض أيضًا ما لا يجوز لشريك العنان ويختص بأشياء، وأنه لو أقر أحدهما بالدين لزم صاحبه وكذا ما يلزمه أحدهما من دين سائر عقود التجارة فللغرماء أن يطالب أيهم شاء بجميع الدين بصفة بطريق

الأصالة ونصفه بحكم الكفالة عن صاحبه، فإن أدى أحدهما شيئًا لم يرجع على شريكه حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع بالزيادة؛ لأن ما عليه الأصالة أقوى مما عليه بحكم الكفالة؛ لأن ذلك حقيقة الدين وهذا أقوى المطالب بذلك الدين فمطلق الأداء ينطلق على الأقوى حتى يفضل عنه وكذا ما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو استهلاك أو خلاف الوديعة والعارية لزم شريكه ويطالب المالك أيهما شاء عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يلزم الشريك ضمان غير التجارة؛ لأن الداخل يجب الشركة ضمان التجارة دون ضمان العدوانات؛ لأنه وجب بالجناية لا بالتجارة فأشبه ضمان الجناية على الآدمي.

لهما: أن ضمان الغصب والإتلاف ضمان تجارة معنًى؛ لأنه يجري مجرى الأعواض؛ لأنه يفيد الملك في المضمون ببدل يجب عليه، ولهذا يؤاخذ به العبد المأذون والصبي المأذون والمكاتب وصار كما لو باع أحدهما بيعًا فاسدًا فقبضه واستهلكه كان للبائع أن يأخذ أيهما شاء بالقيمة إلا أن في الغاصب قرار الضمان على الغاصب وفي الشراء الفاسد عليهما؛ لأن منفعة الغصب حاصلة للغاصب على الخلوص فيكون الضمان عليه وفي الشراء الفاسد المنفعة وهي الملك حصلت لهما فيكون الضمان عليهما.

ولو كفل أحدهما بمال لزم صاحبه عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزم صاحبه؛ لأن الكفالة تنزع ابتداءً وانتهاءً:

أما الابتداء لأنها تنعقد لإيجاب المطالبة بالمال، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون.

وأما انتهاءً لأن ما يستحقه على المكفول عنه مالًا فذا لا يمكن أن يجعل بدلًا عما يؤديه؛ لأنه لا يشترط قبض بدله في المجلس.

ولو كان معاوضة لشرط قبض بدله في المجلس كما في المضاربة فتعتبر إقراضا في حق المال لا معاوضة ويجعل رد المثل كرد العين فكان تبرعا وضمان التبرع لا يدخل تحت الشركة، له أن الكفالة تبرع ابتداء معاوضة انتهاء؛ لأن الابتداء لا ينفك

عن العوض؛ لأنه بالأداء يستوجب العوض على المكفول عنه وهذا هو حد المعاوضة أن يجب عليه مال بعوض هو مال إلا أن هذه المعاوضة مصارفة انعقدت حكمًا وضمنًا للتبرع الحاصل بالمطالبة لا قصدًا وقبض البدلين شرط في المصارفة القصدية لا في المصارفة الضمنية الحكميّة، ألا ترى أن من أتلف على إنسان، قلد فضة، وضمن قيمته من خلاف جنسه ذهبا انعقدت مصارفة بينهما ولا يشترط قبض بدله في المجلس فكذا هذا، ولهذا لو أنشأ الكفالة في مرض الموت اعتبر من الثلث؛ لأن باعتبار وقوعها تبرعًا.

ولو أقر بها مع في مرض الموت يعتبر من رأس المال؛ لأن الإقرار يلاقي بقاء الكفالة وهي في حالة البقاء معاوضة فكذا هنا لزوم صاحبه يلاقي بقاء الكفالة وهي في حالة البقاء معاوضة فيلزم بحكم المعاوضة حتى لو كفل أحدهما يعتبر أمر المكفول عنه لا يلزم شريكه وإليه أشار محمد في الأصل؛ لأنه علل وقال: لأن الكفالة من التجارة والتجارة اسم لمبادلة المال بالمال ومبادلة المال بالمال إنما يتحقق إذا كفل بأمر المكفول عنه.

ولو كفل أحدهما بنفس لم يؤاخذ بذلك شريكه؛ لأن الكفالة بالنفس بتبرع ابتداء وانتهاء؛ لأنه لا يستوجب مالًا على المكفول عنه وما يلزم أحدهما من أرش الجناية ومهر المرأة لا يلزم شريكه؛ لأنه وجب بما ليس بتجارة؛ لأنه وجب بدلا عما ليس بمال ولا يشاركه في جائزة إجارتها السلطان أو هبة أو ميراث؛ لأنه غير مستفاد بالتجارة فيكون للذي استفاده خاصة ولا يفسد ذلك المفاوضة إلا أن يكون دراهم أو دنانير وقد قبضه لأنهما تفاضلا فيما يصلح رأس مال الشركة فزال بمعنى المفاوضة وهو المساواة والتفاضل فيما لا يصلح رأس مال الشركة لا يوجب فسادها والوديعة عند أحدهما وديعة عندهما؛ لأن الوديعة من توابع التجارة، فإن التاجر لا يجد بدًّا من أن يودع عنده، وإن مات المستودع ولما يبينهما لزمهما الضمان؛ لأن بتجهيل الوديعة صار ضامنًا في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأنه استهلاك الوديعة معنى وضمان الاستهلاك ضمان تجارة؛ لأنه يفيد الملك في المضمون لما بينا والشركة باقية في تلك الحالة فصار الآخر كفيلًا عنه.

وإن قال الحيّ: ضاعت منه قبل موته لم يصدق؛ لأن الحي ضامن بتجهيل الميت الوديعة وانفسخت المفاوضة بينهما بموت المودع ولم يبق الحي مودعا؛ لأنه إنما صار مودعا حكمًا للمفاوضة فلا يبقى مودعا بعد انفساخها والحي يدعي بضياعة سقوط الضمان عن نفسه بعدما لم يبق مودعا فلا يصح دعوى البراءة إلا بحجّة.

وإن كان الحي هو المستودع صدق؛ لأنه بقي مودعًا بعد انفساخ المفاوضة وهذا مودَع يدعي هلاك الأمانة فيُصدق.

وإن قال المستودع: آكلها قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة؛ لأنه أقر على نفسه وعلى شريكه بعد انقطاع الشركة فصدق على نفسه دون شريكه إلا أن يقيم البينة على ما قال فيكون الضمان عليهما؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة ولأحد المفاوضين إن كاتب عبدًا من تجارتهما ويأذن في التجارة ويزوّج الأمة ولا يزوج العبد ولا يعتقه على مال؛ لأن الإذن في التجارة من التجارة، ولهذا ملكه المأذون والمفاوضة أولى والكتابة وتزويج الأمة اكتساب المال؛ لأنه اكتساب بدل الكتابة، ومهرها وولدها مع بقاء الرقبة على ملكه وإسقاط النفقة عن نفسه، ولهذا ملك الأب والوصي في مال الصغير واكتساب المال داخل تحت المفاوضة كالتجارة؛ لأنها معقودة لتحصيل المال يقتضيه المساواة بينهما في اكتساب المال بخلاف العتق على مال؛ لأنه تبرع بتعجيل العتق للحال وفي الوصول إلى المال توهم واحتمال فلم يكن اكتسابا للحال، ولهذا لا يملك الأب والوصي والمكاتب بخلاف الكتابة؛ لأن الرقبة لا تزول عن ملكه إلا ببدل يصل إليه وكان اكتساب مال كتزويج الأمة وشريك العنان لا يكاتب ولا يزوج الأمة وكذلك المضارب كما مرّ في النكاح.

(فصل)

وللمفاوض أن يبضع ويضارب ويودع؛ لأن شريك العنان يملك هذه التصرفات فلأن يملك المفاوض أولى ولا يقرض؛ لأنه تبرع، وإن أقرض ضمن نصفه؛ لأنه دفع مال شريكه إلى غيره بغير إذنه؛ لأن الإقراض ليس بتجارة ولا يفسد المفاوضة

لأنهما تفاضلا في الدين من حيث وجب لأحدهما على صاحبه بدل ما أقرض والتفاضل في الدين لا يفسد المفاوضة؛ لأن الشركة لا تنعقد على الدين ابتداء فقد استويا في المال الذي تتناوله الشركة ويملك الإعارة استحسانًا لا قياسًا حتى لو عطبت الدابة المستعارة يضمن نصف قيمتها قياسًا؛ لأنّ الإعارة تبرع بالمنفعة ولا يضمن استحسانًا؛ لأن الإعارة من توابع التجارة وتصرفاتها؛ لأنه لا بد من التجارة منها، فإن من باع ذهبًا في وعاء يحتاج إلى أن يعير الوعاء منه ويجود لك كالضيافة اليسيرة استدلالًا بالعبد المأذون حتى يصح القرض من كل واحد بمال يسير، وإنما لا يصح القرض بماله خطر عند الناس وقبول هدية المفاوض وأكل طعامه والاستعارة منه بغير إذن شريكه جائز ولا ضمان على الكل والمتصدق عليه استحسانًا.

ولو كسبا ثوبًا أو وهبة لم يجز في حصة شريكه وإنما يجوز في الفاكهة والخبز واللحم وأشباهه؛ لأن القياس أن لا يدخل التبرع والهدية تحت المفاوضة وإنما أدخلناه للعرف فيما بين التجار والعرف في هذا المأكول لا في هذه الأمتعة والذهب والفضة لأنه ليس من ضرورات التجارة.

فأمّا إهداء الطعام من ضرورات التجارة؛ لأن التاجر إذا باع الطعام فطلب المشتري منه ما يجيز طعمه فلا بد له أن يعطيه ما يذوقه، ولو لم يفعل لامتنع الناس عن المبايعة معه فكان إلا هذا من ضرورة التجارة فدخل في الإذن بالتجارة كما في العبد المأذون رجل أعار أحدهما دابة ليركبها إلى موضع معلوم فركبها شريكه إلى ذلك المكان فعطبت يضمنان ركبها في حاجته أو حاجتهما؛ لأن الناس يتعاونون في الركوب والمعير رضي بركوب المستعير خاصة لا بركوب شريكه، فإذا ركبها شريكه يضمن.

وإن كان استعاره أحد المتفاوضين كاستعارتهما، كما لو قال صاحب الدابّة أعرت هذه الدابة لكما على أن يركب هذا بعينه إذا ركبها الآخر ضمن فكذا هذا إلا أنه إذا ركبها في حاجتها والضمان في مالهما؛ لأن الضمان وجب لمنفعة حصلت لهما، وإن ركبها في حاجة نفسه يرجع الشريك عليه بنصيبه؛ لأن منفعة الركوب حصلت للراكب خاصّة لكن يؤاخذ الشريك به؛ لأنه ضمان تجارة نحو شريكه فكان

بمنزلة ما لو اشترى طعامًا ليأكله أو غصب شيئًا فهلك يؤاخذ الشريك به وإن أدى من مال الشركة رجع بنصف ما أدى على شريكه فكذا هذا.

ولو استعار أحدهما دابة ليحمل عليها طعاما له خاصة فحمل عليها شريكه طعاما مثل ذلك أو أخف لا يضمن.

ولو استعار أحد شريكي العنان دابة ليحمل عليها طعاما له خاصّة فحمل عليهَا شريكه طعامًا لنفسه مثله أو أخف يضمن، والفرق أن الاستعارة من أحد المتفاوضين كإعارتهما؛ لأن الاستعارة من صنيع التجارة وكل واحد من المتفاوضين وكيل صاحبه فيمَا هو من صنيع التجارة توابعها فكان المستعير وكيلًا عن صاحبه في الاستعارة فصارت الإعارة من أحدهما كإعارتهما فكان حمل أحدهما مثل حمل الآخر، ألا ترى أن المستعير لو حمل عليها طعامًا من شركتهما لم يضمن، فأمّا كل واحد من شريكي العنان ليس بوكيل عن صاحبه في حوائجه وتجارة وقعت لأحدهما خاصّة كما لو اشترى أحدهما طعامًا لأهله ليس لشريكه قبضه فكذا إذا استعار أحدهما لنفسه خاصة لا يكون شريكه وكيلًا في قبض المستعار.

ولو استعار أحد شريكي العنان دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة من تجارتهما فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير لم يضمن لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه فيما هو من تجارتهما فصارت الإعارة من أحدهما كالإعارة منهما؛ لأن منفعة الحمل حصلت لهما متى حصلت الإعارة لحمل شيء مشترك فصار مأذونًا له في الحمل.

ولو أبضع أحدهما رجلًا فاشترى المستبضع بالبضاعة شيئًا بعد تفرقهما، فإن علم تفرقهما والمشتري للمبضع خاصة؛ لأن صحة الإبضاع في حق من لم يبضع كان بحكم المفاوضة من حيث إن إبضاع أحدهما جعل كإبضاعهما فيكون فسخ المفاوضة فسخًا للإبضاع فمتى علم به الوكيل ينعزل وانفسخ الإبضاع حكمًا وتبقى الوكالة في حق الآخر؛ لأن صحة الإبضاع في حق المبضع كان لولايته على نفسه لا بحكم المفاوضة وولايته على نفسه قائمة بعد افتراقهما، وإن لم يعلم المستبضع بافتراقهما فهو على وجهين إن كان الثمن مدفوعا إلى المستبضع نفذ الشراء

عليهما، وإن لم يكن مدفوعا إليه فالمشترى للمبضع والفرق أن فسخ المفاوضة عزل قصدي؛ لأنه لا ينفك عن عزل ما؛ لأن كل واحد منهما ينعزل عن الوكالة بالفسخ وصيرورة كل واحد وكيلًا من أحكام المفاوضة فكان فسخهما نقضًا للوكالة قصدًا لأن نقض السَّبب نقض لحكمه قصدًا كفسخ البيع يكون نقضًا لحكمه قصدا كفسخ البيع يكون نقضًا لحكمه قصدًا والعزل القصدي إنما لا يصح إلّا بعد علم الوكيل نفيًا للضرر والغرر عنهُ فمتى كان الضرر مدفوعا إليه يلحق الوكيل ضرر متى انعزل في حق الوكيل؛ لأنه يضمن نصف ما نقد من المال المدفوع إليه لشريكه ومتى لم يكن الثمن مدفوعا إليه لو انعزل بدون علمه لا يلحقه ضرر، فإنه لا يضمن لشريكه شيئًا من الثمن ولا يبقى تحت عهده إيجاب الثمن متى هلك المبيع في يده؛ لأنه بقي وكيلًا في حق الآمر فيرجع بالثمن عليه.

ولو مات الذي لم يبضع ثم اشترى المستبضع المباع لزم الحي خاصّة؛ لأن الشركة بطلت حكمًا لا بفعلهما قصدا فظهر بطلان الشركة في حق الوكيل وغيره لا به لا غرور فيه من جهة أحد.

ولو نقد المستبضع الثمن من المال المدفوع إليه فورثه الميت بالخيار إن شاء ضمّنوا المستبضع، وإن شاء ضمّنوا المبضع، أما المستبضع لأنّه دفع مال الوارث إلى غيره بغير إذنه؛ لأنه انعزل في حق مورثهم بموته، وأمّا المبضع فلأنّه سلط المستبضع على النصف فصار فعل الوكيل بتسلطه وأمره مضافًا إلى الآمر فصار دفعه كدفع الآمر بعد موت شريكه، فإن ضمنوا المستبضع رجع به على الآمر؛ لأنه لحقه ضمان في عمل عمله للأمر، وكذلك لو ضمنوا البائع رجع البائع على المستبضع لأن نصف الثمن استحق عليه ثم المستبضع يرجع بذلك على المبضع.

ولو أبضع أحد المتفاوضين ألفًا له ولشريك له شركة عنان برضا شريك العنان ليشتري لهما متاعًا ثم مات أحدهم، فإن مات المبضع ثم اشترى المستبضع فالمباع للمشترى ويضمن المال فيكون نصفة لشريك العنان ونصفه للمفاوض الحي ولورثة الميت؛ لأنه انعزل المستبضع في حق الكل بموت المبضع؛ لأنه انقطع أمر الميت على نفسه وشركائه فلم يصر نقد المستبضع منقولا إليه فلا يضمن وقد بطلت

الشركة بموت أحد الشريكين وانعزل وكيله حكمًا في حق شركائه فصار مشتريا لنفسه ويضمن المال الذي نقده في الثمن لأربابه.

وإن مات شريك العنان ثم اشترى المستبضع فالمشترى كلّه للمفاوضين؛ لأنه انفسخت الشركة بموته فانقطع أمر المبضع على الميت حكمًا لانفساخ الشركة فانعزل المستبضع في حقّه وبقي الإبضاع صحيحًا في حق المتفاوضين؛ لأن المفاوضة باقية وولاية البضع باقية وصحة الإبضاع في حق المبضع بحكم ولايته وعلى الآخر بحكم المفاوضة، ثم ورثة الميت إن شاؤوا رجعوا بحصتهم على أيهما شاؤوا؛ لأن الآمر سلط الوكيل على التصرف في ملك الوارث بغير رضاه وإذا لزم أحد المتفاوضين ضمان يلتزم الآخر أيضًا، وإن شاؤوا ضمنوا المستبضع كما بينا ويرجع به المستبضع على أيهما شاء؛ لأن كل واحد من المتفاوضين كفيل عن صاحبه، وإن مات المتفاوض الذي لم يبضع ثم اشترى المستبضع فنصفه للآمر ونصفه لشريك العنان؛ لأنّه بالموت انفسخت الشركة المفاوضة في حق الميت فانعزل الوكيل في حق الميّت ويبقى وكيلًا للمبضع ولشريك العنان؛ لأن شركة العنان بينهما قائمة والمبضع أمره بشراء الكل نصًّا وإنما صار وكيلًا عنه في الربع ضرورة ثبوت الشركة المفاوضة والعنان، فإذا انفسخت شركة المفاوضة بقي أمرًا له بشراء النصف له ويضمن المفاوض الحي لورثة الميت حصتهم، وإن شاؤوا ضمنوا المستبضع ويرجع بها على الآمر كما ذكرنا. وكل المفاوض رجلًا يشتري شيئًا فنهاه الآخر يصح نهيه؛ لأن النهي عن الشراء من التجارة وفعل أحد المتفاوضين في التجارة بمنزلة فعلهما فصار نهي أحدهما عن الشراء كنهيهما، وإن لم ينهه حتى اشترى يرجع بالثمن على أيهما شاء؛ لأن الأمر بالشراء من التجارة فصار أمر أحدهما كأمرهما فصار كما لو اشترى أحدهما يأخذ البائع بالثمن أيهما شاء فكذا هذا ولغير المشتري أن يرد المبيع بالعيب؛ لأن المفاوضة أوجبت المساواة في التجارة وحقوقها فما يجوز لأحدهما رده جاز للآخر رده.

ولو تنازل أحدهما لآخر عنانا جاز عليهما؛ لأن شركة العنان أخص وأدون من المفاوضة فجاز أن ينتظم عقد المفاوضة ويستفاد بها تبعًا للشريك عنانا يملك دفع

المال مضاربة والمضارب يملك التوكيل بالبيع والشراء، وإن شارك مفاوضه جاز بإذن شريكه وبدون إذنه ينعقد عنانا؛ لأن المعاوضة مثل المفاوضة والشيء لا ينتظم مثله ولا يقتضيه فلا يكون من أحكامه وذلك؛ لأن المفاوض منصرف عن أمرٍ وتفويض فلا يملك أن يصرف إلى غيره جميع ما فوض إليه؛ لأن الآمر رضي بتصرفه لا بتصرف غيره كالمضارب لا يملك دفع المال مضاربة.

ولو أجر أحدهما نفسه أو اكتسب يكون بينهما بخلاف شريك العنان والفرق أن المفاوضة تدخل جميع أنواع التجارات واكتساب المال، وإن لم يسمياه حتى دخلت فيها الكتابة، وإن لم تكن تجارة حقيقة وكذا الإجارة فيما ليس من تجارتهما يدخل تحت المفاوضة باعتباراته اكتساب مال، وإما لا يدخل تحت الشركة العنان إلا ما سميا من التجارة ولا يدخل فيها اكتساب مال كما لم يدخل الكتابة؛ لأن ما عدا ما سميا لا يكون من شركتهما.

وذكر الكرخي في (مختصره): لو أجر نفسه للخدمة فالأجر له خاصَّة لأنه مقابل بالمنفعة ومنفعته مملوكة له وكان البدل له، ولو استأجر أحد المتفاوضين أجيرًا أو دابة فللمؤجر أن يأخذ أيهما شاء الأجرة؛ لأن كل واحد كفيل بما وجب على صاحبه بسبب التجارة كما لو اشترى أحدهما أخذ البائع أيهما شاء بالثمن إلا أنه إذا استأجره لحاجته أو إلى مكة للحج يرجع شريكه بما أدى عنه كما لو اشترى طعاما أو كسوة لعياله يأخذ شريكه بالثمن ويرجع عليه؛ لأنه ضمان تجارة فلزمهما إلا أن المنفعة حصلت لأحدهما فتقرر ضمانه عليه وفي شريكي العنان لا يؤخذ غير الذي استأجره؛ لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وليس بكفيل والموكل لا يطالب بما وجب على الوكيل.

ولو أجر أحد المتفاوضين عبدًا فللآخر أخذ الأجر وللمستأجر مطالبته بتسليم العبد، ولو أجر أحدهما عبدًا له من ميراث أو شيئًا له خاصة ليس لشريكه أخذ الأجر ولا للمستأجر مطالبته بتسليم المستأجَر، والفرق أن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في قبض الديون الواجبة بالتجارة وكفيل بما وجب عليه بسبب التجارة وإجارة العبد من تجارتهما من باب التجارة فصار كل واحد مطالِبًا ومطالَبًا.

فأمّا إجارة عبد له خاصّة خرجت عن المفاوضة للضرورة ليمكنه الانتفاع بعبده بغير إذن صاحبه كشراء الطعام والكسوة خرج عن المفاوضة للضرورة، ولأن الأجرة بدل منفعة لا حق للآخر فيها؛ لأنه لم يدخل تحت المفاوضة رقبة ومنفعة بخلاف ما لو أجر أحدهما نفسه؛ لأن منافعه داخلة تحت المفاوضة؛ لأن تصرفه داخل والتصرف إنما يتحقق بمنافع بدنه فبدل المنافع يكون بينهما ولا تبطل المفاوضة إذا أجر عبد الميراث، وإن كاتب الأجرة نقدًا إلا إذا قبضها؛ لأن الدين لا يصح الشركة فيه ولأحدهما أن يرهن مال المفاوضة بدين المفاوضة وبدين له خاصّة بغير إذن شريكه؛ لأن الرهن قضاء الدين حكمًا وأحدهما يملك قضاء دين المفاوضة ودينه خاصّة من مهر أو غيره بغير إذن شريكه؛ لأن ولاية المفاوض على شريكه عامّة فلما ملك قضاء الدين حقيقة فلأن يملكه حكمًا أولى.

وإن رهن عبدًا له خاصة بدين المفاوضة فهلك بما فيه يرجع بنصفه على شريكه؛ لأنه قضى دينًا وجب عليهما من ماله خاصة بأمر شريكه؛ لأن كل واحد صار مأذونًا في قضائه من جهة صاحبه فلم يصر متبرعًا.

ولو ارتهن أحدهما رهنًا بدين التجارة جاز؛ لأنه يملك استيفاءه حقيقة فيملك استيفاءه حكمًا. أقر أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان بعد تفرقهما أو موت أحدهما لم يجز على صاحبه؛ لأنه أقر بالرهن في حال لا يملك إنشاءه واستئنافه وصار محجورا عن التصرف في حق شريكه فلا يصدق فيه كالوكيل بالبيع إذا أقر بالبيع بعد العزل بخلاف ما لو أقر به في الشركة جاز عليهما؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه ولكل واحد أن يقبض ما أداناه أو أدانه خاصّة وما وجب لهما على رجل من ضمان غصب أو كفالة أو غيرها؛ لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما يتولاه. مفاوضان لهما عبدٌ تاجر، فأدانه أحدهما من تجارتهما لم يلزمه شيء، وكذلك العنان في البيع والشراء؛ لأن هذا الشراء لا يفيد؛ لأن المشتري ملكهما قبل البيع رقبة وتصرفًا والعبد ملكهما ولهما حق بيعه والثمن لهما ولا يفيد فائدة والمولى لا يستوجب على عبده دينًا فلا يجب.

ولو كانا شريكين في عبد لهما خاصة فأذنا له في التجارة ثم أدانه كل واحد

لزمه نصف دين كل واحد في حصة الآخر يباع فيه؛ لأن هذا الشراء مفيد؛ لأنه يفيد الملك في المشترى لشريكه ولم يكن الملك بائنًا في المشترى وكذا هذا يفيد له بيع نصيب شريكه من العبد لنفسه خاصة فقد أفادت هذه الإدانة فائدة لم تكن ثابتة فصحت كرب المال إذا اشترى شيئًا من مال المضاربة إلا أن دين كل واحد منهما يلاقي عبدًا نصفه ملكه ونصفه ملك غيره فما يلاقي نصيبه بطل وما لاقَى نصيب شريكه ثبت فيباع نصيب شريكه في دينه ويسلم له ثمنه. عبد تاجر بين متفاوضين فباعه أحدهما يوما من ميراث له لزمه نصف دينه في نصيب الآخر؛ لأن هذا البيع يفيد ملك نصف الثوب لصاحبه وثبت له بيع نصيب شريكه.

ولو كان العبد ميراثًا لأحدهما فأذن له الآخر في التجارة لم يجز؛ لأنه أذن لعبد الغير بلا ولاية عليه؛ لأنه لا شركة للإذن فيه وإن أذن له مولاه ثم أدانه الآخر من التجارة لزمه نصفه للذي أدانه؛ لأنه أدانه عبد شريكه مالًا مشتركا بينهما فبطل نصيب مولاه وإقرار أحدهما لمن لا تقبل شهادته له يلزمه خاصة كأصوله وفروعه وامرأته وعندهما يلزم شريكه أيضًا إلا لعبده ومكاتبه لهما أن أملاكهما متباينة.

ولو باع أو اشترى من مولاه جاز على المفاوضة فنفذ إقراره لهم على شريكه كما لو أقر الأجنبي بخلاف المكاتب؛ لأن للولي فيه حق ملك فيكون إقرارًا لنفسه فلم ينفذ على شريكه.

له: أن أحد المتفاوضين بمنزلة الوكيل من وجه في نصيب صاحبه وبمنزلة المالك من وجه؛ لأن له شركة في الربح في نصيب صاحبه فباعتبار كونه مالكا يصح بيعه من مولاه؛ لأنه لما كان شريكًا في الربح لا يكون متهما في البيع وباعتبار كونه وكيلًا لا يصح إقراره لهؤلاء؛ لأنه يكون متهما فيه؛ لأنه تمليك مالٍ لا غير، ولهذا لا تقبل شهادته لهم.

ولو أقر لمعتدته المبانة بدين لم يصح عند أبي حنيفة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يصح الإقرار وهذا بناء على أنه لا تقبل شهادته لمعتدته في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن تقبل لما يأتي في الشهادات، فإن تزوج نكاحا فاسدًا ودخل بها وأقر بمهر لها لم يلزمه شريكه وبدين آخر يلزمهما؛ لأنه تقبل شهادته له فنفذ إقراره مطلقًا.

أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين يلزمهما، وإن كانت في عدته بخلاف المبانة المعتدة والفرق أن شهادته لأم ولده المعتقة جائزة؛ لأن المانع من قبول الشهادة فيها ملك اليمين، وملك اليمين زال كله بالعتق بجميع أحكامه وآثاره، فيزول المنع، وفي المطلقة المانع من قبول الشهادة قبل الطلاق هو أحكام النكاح، وبعض أحكامه قائم في العدّة فيبقى المانع؛ لأن الحكم إذا ثبت بعلة يبقى ما بقي شيء من العلة.

(فصل)

وما اشترى أحدهما طعامًا لنفسه أو كسوة أو ما لا بد منه يكون له خاصة استحسانًا؛ لأن ما لا بد منه يكون مستثنيًا عن الشركة لضرورة الحاجة الدائمة إلى هذه الأشياء، ولأن العرف جرى بأن لا يقصد الإنسان بالمفاوضة الشركة في ثبوت الكسوة ودار السكنة وطعام النفقة فصارت هذه الأشياء مستثناة عن الشركة بدلالة العرف والعادة وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء؛ لأن هذا من صنيع التجارة فيتناوله عقد شركة فكان بدله وضمانه داخلا تحت الكفالة الثانية في ضمن الشركة وإذا أدى رجع عليه شريكه بنصف ذلك؛ لأنه قضى دين نفسه من مال مشترك.

ولو اشترى جارية للوطء أو للخدمة لنفسه بغير أمر شريكه فهي على أمر الشركة فهي على الشركة، وإن اشتراها للوطء بإذن شريكه فهي له خاصّة وللبائع أن يأخذ أيهما شاء ويرجع شريكه بنصف الثمن عندهما.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يرجع، ذكره في (**الجامع الصغير**).

لهما: أن الشراء وقع للمشتري خاصّة؛ لأنه لما اشتراه بأنه لنفسه خاصة التحقت بما لا بد منه من الطعام والكسوة؛ لأن الوطء محتاج لصيانة نفسه كالأكل واللبس ولكن ليس بحاجة لازمة ضرورة كالحاجة إلى الأكل واللبس، فإذا أذن له فيه شريكه ألحقناه بما لا بد منه تحقيقًا لعرضهما وصار هذا الشراء مستثنيًا عن المفاوضة فوقع الشراء له خاصة، ولهذا يحل له وطؤها وقد نقد الثمن من مال مشترك فيرجع عليه شريكه بالنصف.

له: أن الشراء وقع على الشركة؛ لأن مطلق عقد المفاوضة يقتضي أن كل مشترى يقع على الشركة، ولا يجوز تغيير حكم العقد ومقتضاه إلا لضرورة ماسة

وحاجة قائمة ولا ضرورة هنا؛ لأن حل الوطء يحصل بالهبة؛ لأن شريكه لما أحل الوطء له حيث أذن له بشراء جارية للوطء ولا يحل له الوطء إلا بالملك فاقتضى هذا أن تصير الجارية مملوكة فصار الشريك مملكًا نصيبه منه بعد وقوع الشراء لها ضمنًا واقتضاء وصار كأنه قال له اشتر جارية بيننا وقد وهبت لك نصفها، فإذا اشترى وقبض وقع الشراء للشركة وصحّت الهبة وقد نفد الثمن من المال المشترك فلا يرجع، فإن وطئها ثم استحقت فللمستحق أن يأخذ أيهما شاء بالعقر؛ لأن العقر ضمان وجب بسبب التجارة، فإنه لولا التجارة لوجب الحد على الواطئ فصار من قبيل ضمان التجارات.

وذكر في (النوادر): لو قال أحد المتفاوضين لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي خاصة، فسكت شريكه فاشتراها لا يكون له خاصة ما لم يقل شريكه نعم، بخلاف ما لو أمر رجلًا أن يشتري له جارية بعينها بكذا فقبل الوكيل ثم قال الوكيل للموكل: إني أريد أن أشتري تلك الجارية لنفسي، فسكت الموكل ثم اشتراها الوكيل يكون له، والفرق أن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجب المفاوضة إلا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال والوكيل بالشراء يملك عزل نفسه بعلم الموكل رضي الموكل أو سخط وقد وجد العلم.

ولو باع أحدهما شيئًا بنسيئة لا يشتريه أحدهما بأقل من ذلك، أما البائع فلأنه باع نصفه لنفسه وباع نصفه لشريكه بحكم الوكالة ولا يجوز للأصيل والوكيل شراء ما باع بأقل ما باع قبل قبض الثمن، وأمّا شريكه فكذلك في نصيبه؛ لأنه ملك وليس للموكل شراء ما بيع له وفي نصيب شريكه عاقد حكما، ولهذا يطالب بحقوق العقد وله حقوق العقد كما لصاحبه.

ولو كان عاقدًا حقيقة لا يجوز أن يشتري لنفسه ولشريكه بأقل ممّا باع فكذا إذا كان عاقدا حكمًا وهذا يطالب بحقوق العقد وله حقوق العقد كما لصاحبه.

ولو كان عاقدًا حقيقة لا يجوز أن يشتري لنفسه ولشريكه بأقل ممّا باع فكذا إذا كان عاقدا حكمًا وهذا على أصلهما صحيح؛ لأن من باع شيئًا ووكل إنسانًا ليشتري بأقل مما باع لا يصح.

وعند أبي حنيفة: يصح التوكيل فينبغي أن يجوز لغير العاقد أن يشتري نصيب شريكه بأقل ممّا باع لنفسه وشريكه، فإن وهب البائع الثمن للمشتري جاز عندها ويضمن نصيب صاحبه.

وقال أبو يوسف: لا يجوز في نصيب شريكه كالوكيل الخاص إذا أبرأ المشتري عن الثمن لما يأتي في الوكالة، فأما شريكه إذا وهب الثمن من المشتري أو أبرأ يصح في حصة صاحبه؛ لأنه ليس بعاقد ولا مالك؛ لأن الإبراء تبرع محض وأنه غير داخل تحت المفاوضة فلا يعتبر عاقدا في حق الإبراء، وإن اعتبر عاقدا حكمًا في حقوق العقد وهو القبض والتسليم والشراء بأقل مما بيع له؛ لأن هذه الأحكام من التجارة، وإن تعين أحدهما عينه أو اشترى نسيئة، فالمال عليهما، وتفسير العينة وهو أن يحتاج إلى دراهم فاستقرضها في الغنى، فلم تسمح نفس المقرض أن يقرضه إلا بزيادة، فاحتالا لدفع الربا فباع منه متاعًا يساوي ألفا بألفين إلى أجل.

وكذا لو باع متاعًا بألفين إلى أجل، ثم أراد أن يشتريه بأقل مما باع حالًا فالحيلة في جوازه أن يبعث متوسطا، ليشتري لنفسه بألف حالّة، ويقبض المتاع ثم يبيعه من البائع الأول بألف حالة، ثم يحيل المتوسّط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه، وخرج هو من الوسط، فيدفع البائع الأول إلى المشتري الأول ألفا حالة، ويأخذ منه عند الأجل، وقد فعل ذلك الكثير من الصحابة، وجوزوا ذلك، ولم يعدّوه ربا، وكره بعضهم ذلك، وعدّوه من جملة الربا.

وذكر في (النوادر): قال أبو يوسف: لا يكره، وقال: لو باع كاغده بألف درهم يجوز ولا يكره.

وقال محمد: وهذا البيع في قلبي كأمثال الجبال أي لها شبهة في قلبي كأمثال الجبال، وقد رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "**إذا اتبعتم أذناب البقر وتبايعتم بيع العين وتركتم الجهاد ضربت عليكم الذلة فلا ترفع عنكم إلى يوم القيامة**".

وفي رواية: "**سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم**".

ولو باع أحد المتفاوضين شيئًا بسببه ثم مات ليس لصاحبه أن يخاصم فيه؛ لأنه إنّما كان له مطالبة المشتري ومخاصمته بحكم الوكالة الثابتة بالمفاوضة لا بحكم

المعاقدة والوكالة والمفاوضة قد انقطعت بالموت فلا تبطل في ولائه المطالبة بالثمن، فإن أعطاه المشتري نصف الثمن برئ منه؛ لأنه دفع الملك إلى مالكه وأوصل الحق إلى مستحقه فصار كالمشتري إذا دفع الثمن إلى موكل البائع.

باع أحدهما صاحبه ثوبًا من الشركة ليقطعه قميصا جاز والثمن عليه نصفه له ونصفه لشريكه وكذلك الطعام وجارية يطؤها؛ لأن المبيع كان مشتركا بينهما نصفه للبائع ونصفه للمشتري فجوز البيع في نصفه بنصف الثمن فيستوجب على شريكة نصف الثمن.

ولو اشترى للتجارة كان باطلًا؛ لأنه لا يفيد هذا الشراء إلا ما كان ثابتا قبل الشراء؛ لأن المبيع كان مشتركا قبلهما وبالبيع يخلص للمشترى كله لأحدهما عند ميراث اشتراه الآخر جاز وهو بينهما؛ لأنه لا يفيد ما لم يكن ثابتا قبل البيع؛ لأن قبل البيع كان العبد لأحدهما خاصّة وبعده يصير مشتركا فكان الشراء مفيدا فصحّ والثمن على المشتري لا عليهما؛ لأن البائع أحد المتفاوضين فلا يمكن إيجاب الثمن عليهما؛ لأنه يصير مشتركا من نفسه وإقالة أحدهما نافدة عليهما؛ لأن شريك العنان يملك الإقالة فالمفاوض أولى أحد المتفاوضين جحدها ووقعت الفرقة؛ لأنه ينفرد أحدهما بفسخ المفاوضة فتنفسخ بجحود أحدهما؛ لأن الجحود فيمَا عدا النكاح جعل كناية الفسخ كما في البيع والوديعة وضمن نصف جميع ما في يده إذا ظهرت المفاوضة بالبينة العادلة؛ لأنه أمين جحد الأمانة فصار غاصبا كالمودع، وكذلك جحود وارثه بعد موته؛ لأنه أمين جحد نصيب الحي فصار غاصبًا ضامنًا.

باع أحد المتفاوضين شيئًا ثم افترقا والمشتري لا يعلم فلكل واحد قبض المال كله وإلى أيهما دفع برئ؛ لأن المطلوب صار وكيلًا من جهة العاقد بتسليم ما عليه إلى شريكه حالة المفاوضة حتى لو دفع إليه برئ، واقترافهما عن المفاوضة عزل قصدي فيما يتضرر به الوكيل وهنا المطلوب يتضرر متى صح العزل في حقه؛ لأنه استحق البراءة بدفع الدين إليه، فمتى لا يبرأ بالدفع إليه يتضرر فلا يصح عزله في حقه؛ بدون علمه نفيا للضرر عنه، وإن كان علم بالفرقة لم يدفع إلا إلى العاقد.

ولو دفع إلى شريكه لا يبرأ عن نصيب العاقد؛ لأنه صح العزل وانعزل عن

تسليم المال إلى شريك العاقد، وكذلك لو وجد به عيبا لا يخاصم إلا البائع؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد فيرجع إلى العاقد وشريكه ليس بعاقد ولا بوكيل عن العاقد؛ لأن الوكالة قد انقطعت بانقطاع الشركة.

ولو ردّ عليه بالعيب قبل الافتراق وحكم عليه بالثمن ثم افترقا له أن يأخذ بالثمن أيهما شاء؛ لأن هذا دين وجب على البائع حال قيام المفاوضة فيصير شريكه كفيلًا بذلك، والكفالة متى صحت بدين وجب على صاحبه لا يبطل بافتراقهما؛ لأن الفرقة تفسخ أحكام المفاوضة في المستقبل لا فيما مضى.

ولو استحق العبد قبل الفرقة وقبل نقد الثمن فيها له أن يأخذ أيهما شاء؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن الثمن كان مضمونًا على القابض يوم قبضه؛ لأنه قبض ما ليس بحقه؛ لأنه لم يصح البيع وهذا دين وجب على أحدهما حال قيام المفاوضة فيكون الآخر كفيلًا به فيؤاخذ به.

(**الجامع**): فيه مسألتان:

إحداهما: لو أمر أحد المتفاوضين رجلًا يشتري له عبدًا بألف ولم يدفع الألف إليه ثم تناقضا المفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلًا ثم اشترى المأمور العبد وهو يعلم بمناقضتهما أو لا يعلم فالعبد للآمر خاصّة ليس لشريكه الأول ولا للثاني فيه شيء؛ لأن أمر كل واحد يصح على نفسه بسبب ولايته وعلى شريكه بسبب الشركة وشركة المفاوضة قد انتقضت في حقِّ شريكه القديم فانعزل الوكيل في حقِّه، وإن لم يعلم بالمفاوضة؛ لأن بالانعزال لا يلحق الوكيل هنا ضرر وغرر؛ لأن الثمن لم يكن مدفوعا إليه ليصير ضامنًا نصيبه بالنقد.

ولو هلك العبد لا يبقى تحت عهدة الثمن؛ لأنه بقي وكيلًا في حق الآمر فيرجع بالثمن عليه ويكون المشترى له خاصّة؛ لأن وقت الشراء شركة الشريك القديم منقطعة والوكالة من جهته مرتفعة وشركة الشريك الجديد إن كانت قائمة حال الشراء لكنها مفقودة حالة التوكيل فلم يصر وكيلًا من جهته والشراء حاصل مسندًا إلى الوكالة السابقة فوقع الأمر خاصة، وللوكيل أن يرجع بالثمن على الآمر وشريكه الجديد؛ لأن المفاوضة تضمنت معنى الكفالة فصار شريكه الجديد كفيلًا بما لزمه

من ضمان التجارة وقد لزمه ضمان تجارة حال قيام المفاوضة بينهما فللوكيل أن يطالب به أيهما شاء.

وإن أدى الشريك من ماله يرجع عليه؛ لأنه أدى بحكم الكفالة لما مرّ.

والثانية: لو دفع الآمر كرًّا من طعام وأمره أن يشتري له به عبدًا والمسألة بحالها واشترى الوكيل بكر مثله فالقياس أن يكون مخالفًا، وفي الاستحسان لا يكون.

وجه القياس أنه أمر بالبيع والشراء؛ لأن الحنطة بعينها والعرض سواء وبيع العين بالعين سواء يسوى به بيع؛ لأن كل واحد ثمن من وجه ومثمن من وجه وقد أتى بشراء محضٍ متى اشترى عبد الحنطة في الذمّة فصار مخالفا الآمر؛ لأن للموكل في تعيين الحنطة فأيده وهو أن لا يلحقها العهدة متى هلك الكر المدفوع إليه في يد الوكيل؛ لأنه ينتقض البيع.

وجه الاستحسان أن عرض الآمر تحصيل الملك واستجلابه في العبد بكر حنطة وسط؛ لأنه استعمل الحنطة استعمال الأثمان، وتحصيل الملك بكر حنطة وسط في الذمّة أبلغ، وآكد من تحصيل الملك بكرّ حنطة بعينها؛ لأنه تعلق البيع بعينها ينتقض بهلاكها فربّما لا يحصل له ملك العبد بهلاك الكر وبكر حنطة في الذمة لا ينتقض البيع بهلاكه فكان الشراء بحنطة في الذمّة أثبت وآكد لملكه في العبد فيعد هنا وفاقا لا خلافًا، وصار كما لو دفع إليه ألفًا ووكّله بأن يشتري بها له عبدًا فاشترى بألف في الذمة جاز والدراهم تتعين في الوكالة كالحنطة، فإن كان علم بمناقضتهما ثم اشترى بهذا والأوّل سواء، وإن لم يعلم فالعبد بين الآمر وشريكه القديم. وذكر في الوكالة أن العبد للآمر خاصة علم الوكيل بمناقضتهما أو لم يعلم؛ لأن مناقضة المفاوضة عزل حكمي للوكيل؛ لأن الفرقة غير موضوعة للعزل وإنما هي موضوعة للفسخ بدليل أنه يصح المناقصة والفرقة بدون عزل الوكيل ولكن انعزل الوكيل حكمًا لانفساخ المفاوضة كما ينعزل ببيع الموكل ما وكله به العزل، والحكم يصح بدون علم الوكيل، وجه رواية الجامع أن الفرقة عزل قصدي؛ لأن فرقتهما مما لا ينفك عن العزل؛ لأن كل واحد من المتفاوضين ينعزل عن الوكالة بالفرقة، وإذا كان فرقتهما مما لا ينفك عن عزل الوكيل كان عزلًا قصديا والعزل القصدي لا يصح بدون العلم فمتى لم يعلم فرقتهما بقي وكيلًا لهما فوقع المشترى لهما.

(باب الشركة في العمل والحمل)

قد مرّ تفسير شركة الأعمال ثم هي قد تكون مفاوضة وقد تكون عنانًا، فإن ذكر في الشركة لفظة المفاوضة بأن اشترط الصانعان على أن يتقبلا جميعًا الأعمال، وأن يضمنا العمل جميعًا على التساوي، وإن تساويا في الربح والوضيعة، وأن يكون كل واحد كفيلًا عن صاحبه فيما لحقه بسبب الشركة فهي مفاوضة؛ لأنه ليس من صحة المفاوضة الشركة في جميع أنواع التجارات بينهما في حق المضرة والمنفعة، فإنه تصح الشركة وقد أمكن إثبات المساواة متى اشتركا في العمل بأن يجعلا المستفاد بالعمل بينهما على السواء والضرر من حيث المطالبة والضمان عليهما على السواء. شريكان مفاوضة في الخياطة دفع رجل ثوبًا إلى أحدهما ليخيطه بنفسه ثم افترقا ليس لرب الثوب أخذ شريكه بالخياطة؛ لأن حال قيام المفاوضة لم يكن الآخر كفيلًا به؛ لأن الكفالة بخياطة رجل بعينه لا يصح فيعد الافتراق أولى بخلاف ما لو لم يشترط خياطة أحدهما بعينه ثم افترقا يؤاخذ شريكه به؛ لأن الكفالة بمطلق الخياطة جائزة.

وإن شرطا التفاضل في العلم والأجر بأن قالا: على أحدهما الثلثان من العمل وعلى الآخر الثلث والآخر والوضيعة بينهما على قدر ذلك فهي شركة عنان، فكذا إذا ذكر لفظة العنان وكذا إذا أطلقا الشركة فهي عنان استحسانًا؛ لأنهما جميعًا قبلا الأعمال وضمنا تسليم ذلك إلى صاحبه فيكون العمل عليهما، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء، ولكل واحد أن يطالب بالأجرة عن العمل وإلى أيهما دفع صاحب العمل برئ، وعلى أيهما وجب ضمان العمل كان له أن يطالب الآخر به فيكون هذه شركة مطلقة جارية مجرى المفاوضة؛ لأنّها مقتضية للضمان؛ لأن كل واحد منهما إنما يتقبله ما هو مضمون على الآخر، ولهذا استحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه ولكن لا يكون مفاوضة حقيقة لما لم يذكرا لفظة المفاوضة أو معناها حتى قالوا: إذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون أو أشنان أو أجّر أجيرًا وأجره حانوتًا لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلّا بحجة ويلزمه خاصّة؛ لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ إقراره على صاحبه موجب المفاوضة، وإن كانت الإجارة لم تمض أو المبيع لم يستهلك لزمهما جميعًا كما في شركة العنان.

وذكر في النوازل قال أبو يوسف: لو ادعى رجل على أحدهما ثوبًا عندهما وأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز إقراره على الآخر، ويدفع الثوب ويأخذ الأجر استحسانًا؛ لأنه لما ظهر معنى المفاوضة في ضمان العمل ولا ينفذ إقراره في النصف الذي في يد صاحبه قياسًا وهكذا روي عن محمد؛ لأن هذه شركة عنان ولكن ألحقاها بالمفاوضة في ضمان العمل والمطالبة بالأجرة خاصّة وفيما عداهما بقيت شركة عنان كما كانت وإن عمل أحدهما دون الآخر والشركة عنان أو مفاوضة فالأجر بينهما إن شرطا العمل عليهما وتقبلا ذلك؛ لأن الشركة انعقدت على التقبل والالتزام وذلك نافذ عليهما ويكون العامل معينًا لصاحبه ويصير صاحبه كالمعين بالعامل كالقصار إذا استعان برجل في القصارة، وكذلك إن شرط لأحدهما زيادة أجر واشترطا العمل والوضيعة على قدر الأجرة جاز، وإن كان عمل الذي شرط له الأجر القليل أكثر؛ لأن استحقاق الربح والأجر بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل، فإنه لو عمل أحدهما دون الآخر استحق الذي لم يعمل الأجر، فإذا ظهر التفاضل في الضمان ظهر التفاضل في استحقاق الأجرة والوضيعة على قدر ضمان العمل ولا يجوز التفاضل فيه لما مرّ في شركة الأموال.

وإن أقعد الصانع رجلًا في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف جاز استحسانًا ولا يصح قياسًا وهو قول مالك؛ لأنه لا يمكن تصحيح هذه المعاملة بطريق الشركة؛ لأنهما لم يشتركا في تقبل الأعمال ولا بطريق الإجارة؛ لأنه لا يخلو إما أن استأجر الرجل الذي أقعده بنصف كسبه أو أجره الدكان منه بنصف كسبه فهذه الإجارة فاسدة لجهالة الأجرة. وجه الاستحسان أنه أمكن تصحيح هذه المعاملة شركة لأنهما شرطا أن يكون الخارج من عمل التمليك بينهما على الشركة ولا يصح ذلك إلا بعد إثبات الشركة في التقبل فثبتت الشركة في التقبل اقتضاء إذ ليس في كلاهما إلّا تخصيص صاحب الدكان بالتقبل وتخصيص الأجر بالعمل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فأمكننا إثبات الشركة في التقبل والعمل إلا أنه يقبل أحدهما وعمل الآخر وهذا لا يضرُّ وإضمار غير المذكور وإدراجه لتصحيح المذكور جائز إذا لم يوجد في المذكور ما ينفيه فعلى هذا قالوا: لو تقبل التلميذ

جاز، ولو عمل صاحب الدّكان جاز حتى لو قال صاحب الدّكان: إما أتقبل ولا تتقبل أنت فأطرح عليك العمل بالنصف لا يجوز لأنه نفى الشركة في التقبل ولا يمكن إثباتها مع النفي اقتضاء.

وذكر في النوادر: ثلاثة نفر ليسوا بشركاء تقبلوا عملًا من رجل ثم جاء واحد وعمل ذلك كله فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين؛ لأنهم لم يكونوا شركاء فعلى كل واحد منهم ثلث العمل، فإذا عمل الكل كان متطوعًا في الثلثين فلا يستحق أجرا.

(فصل)

ولو اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرهما والأجرة بينهما لا يصح؛ لأن الشركة متضمّنة الوكالة، والوكالة لا تصح على هذا الوجه؛ لأنه لو وكل أحدهما الآخر أن يؤاجر دابته على أن يكون الأجر بينهما لم يصح؛ لأن الأجرة بدل منفعة مملوكة لهما فتختص كل واحد منهما ببدل ملكه، فإن أخلهما قسّم الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير؛ لأن الإجارة صحيحة لوقوعها على منافع معلومة ببدل معلوم فيقسمان ما أخذا من الأجر على قدر أجر المثل البغل والبعير كما قبل الإجارة فإن تقبلا حمولة بأجر ولم يؤاجرا البغل والبعير فالأجر بينهما نصفان لأنهما تقبلا الحمل ولم يؤجرا الدابتين فتكون هذه شركة تقبل والبغل والبعير كالآلة لإبقاء العلم فصح، ألا ترى لو حملا على أعناقهما استحقا الأجرة. قصّار له أداة وقصّار آخر له بيت اشتركا على أن يعملا في بيت هذا بأداة ذاك جاز، وكذلك سائر الصناع؛ لأن الشركة وقعت على التقبل لا على إجارة البيت والأداة وشركة التقبل جائزة. دفع دابته إلى رجل يؤاجرها على أن الأجر بينهما فالشركة فاسدة والأجر لرب الدابة وللآجر أجر مثله، وكذلك السفينة والبيت؛ لأنه عقد على ملك الغير وقد استوفى منفعته بعقد فاسد فيجب أجر المثل.

وإن دفع دابته إلى رجل يبيع عليها البر على أنّ الربح بينهما فالربح لصاحب البر ولصاحب الدابة أجر مثلها؛ لأن منفعة الدابة لا يصلح رأس مال الشركة لأنها تتعين كالعروض فلم تصح الشركة والربح حصل بعمل صاحب البر؛ لأنه تولد من بيعه لا

من الدابة فيكون له وصاحب الدابة لم يرض بزوال منافع الدابة عن ملكها مجانا فيجب أجر المثل، وكذلك لو دفع شبكة ليصيد بها السمك بينهما نصفان فالصيد للصائد ولصاحب الشبكة أجر مثلها؛ لأن الصيد مباح يملكه الصائد بالإحراز إلا أنه استعمل الشبكة بحكم إجارة فاسدة، فإنه استأجرها بنصف ما يصطاد بها وأنه مجهول، وأن الأجرة ليست بعين مشار إليه ولا بواجب في الذّمة، والإجارة بأجر ليس بمشار إليه ولا واجب في الذمة فاسدة، ولو اشتركا ولأحدهما دابة وللآخر إكاف وجوالق على أن يؤاجر الدابة والأجر بينهما فالشركة فاسدة؛ لأنها وقعت على العين فكانت بمعنى الشركة في العروض، فإن أجر الدابة مع الجوالق والإكاف فالأجر كله لصاحب الدابة لأن الجوالق والإكاف يدخل في إجارة الدّواب تبعًا فلا يكون بإزائهما شيء من الأجر والنخيل معه أجر مثله بالغًا ما بلغ؛ لأنه ما رضي بزوال منافعه مجانا، وقال أبو يوسف: لا يجاوز له نصف أجر الدابة لما بينا.

ولو كان لهما كلب فأرسلاه جميعًا كان ما أصاب بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الأخذ، ولو كان الكلب لأحدهما وهو في يده فأرسلاه جميعًا كان ما أخذ لصاحب الكلب؛ لأن الأخذ لا يوجد بالإرسال وإنما يوجد باختيار الكلب فتكون الإصابة مضافة إلى الأخذ والأخذ منفعة كلبه فتكون لصاحبه إلّا إذا جعل منفعة كلبه لغيره بأن أعار الكلب من غيره ليصطاد فالمأخوذ للمستعير؛ لأن منفعته صارت مملوكة للمستعير فيكون أخذه مضافًا إليه.

ولو كان لكل واحد منهما كلب فأرسله فأصابا صيدًا فهو بينهما، وكذلك لو أصاب أحدهما ثم جاء آخر وأعانه عليه فهو بينهما؛ لأنّ الأخذ مضاف إلى الكلبين إذا لم يصر مثخنًا بالكلب الأول لأنّه لولا الثاني ربّما انفلت الصيد من الأول فكانت الإعانة كالأخذ حتى لو أثخنه الأول يكون لصاحبه خاصّة؛ لأن الأخذ مضاف إليه؛ لأنه لو لم يعنه الثاني لانفلت منه.

(النوادر): بعير بين شريكين حمل عليه أحدهما من الرستاق شيئًا بأمر شريكه فسقط في الطريق فنحره الشريك، ينظر إن كان يرجى حياته يضمن، وإن كان لا يرجى لا يضمن؛ لأنه مأمور بحفظ نصيب شريكه، والحفظ عند التيقن بالموت لا يكون

إلا بالذبح؛ لأنه لو لم يذبح يفسد اللحم وكان الأمر بالحفظ إذنا بالذبح دلالة، وإن ذبحه غير الشريك يضمن سواء يرجى حياته أو لا يرجى وهو الأصح؛ لأنه انعدمت دلالة الإذن بالذبح وهو الأمر بالحفظ فعلى هذا من ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها يضمن والراعي والبقار إذا ذبح لا يضمن؛ لأنه وجد ما يدل على الإذن وهو الأمر بالحفظ.

(باب الخصومة والاختلاف بين الشريكين)

الاختلاف بين المتفاوضين على قسمين: إما أن وقع حال قيام المفاوضة أو بعد افتراقهما، أما إذا اختلفا في المفاوضة بأن ادعى أحدهما أنه شاركه وأنكر الآخر والمال في يد الجاحد فأقام المدعي البينة على ما ادّعى هو على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يشهد الشهود بالمفاوضة وأن المال الذي في يديه من شركتهما أو بينهما نصفان قضي للمدعي بنصفه لأنهم شهدوا بالمفاوضة وبالمناقضة.

والثاني: إن شهدوا أنه مفاوضة وأن المال في يده ولم يزيدوا عليه فكذلك قضي بنصفه للمدعي؛ لأنه ثبتت المفاوضة بالبينة العادلة والمفاوضة تقتضي المعادلة وثبت كون المال في يد الجاحد معاينة حال قيام المفاوضة فتكون بينهما مناصفة.

والثالث: إن شهدوا أنه مفاوضة لا غير ينظر إن شهدوا في مجلس الدعوى قضي له بنصفه؛ لأن كون المال في يد الجاحد ثابت معاينة حال قيام المفاوضة؛ لأن المفاوضة انفسخت بإنكار الجاحد في الحال والمال كان في يده قبل ذلك وقبل ذلك حال قيام المفاوضة والمفاوضة تقتضي المعادلة في المال، وإن شهدوا بعدما تفرقا عن مجلس الدعوى لا يقضي بينهما نصفين ما لم يشهدوا أنه من شركتهما أو بينهما؛ لأن كون المال في يد المفاوض حال قيام المفاوضة شرط لثبوت المفاوضة ولم يثبت بهذه الشهادة كون المال في يده حال قيام المفاوضة لجواز أنه استفاد هذا المال بعدما تفرقا عن مجلس الدعوى وإذا قضى بنصف ما في يده للمدعي ثم أقام الذي في يده المال البينة أن ما في يديه صدقة أو ميراث فهو على هذه لإخوته في الوجه الأول وهو ما إذا شهدوا أنه مفاوضة، وأن ما في يده من

شركتهما لا تقبل بالإجماع لأنّ المدعي قبله صار مقضيًا عليه بنصف ما في يده بالبينة والمقضي عليه بالبينة إذا ادعى يلغى الملك من جهة غير المدعي لا يسمع، ولا تقبل بالبينة؛ لأن المقضي له صار كالمتملك من جهة المقضي عليه؛ لأن الملك كان للمقضي عليه وبالقضاء صار للمقضي له فيعتبر بما لو ملكه من جهته بالبيع والهبة ثم ادعى يلغى الملك من جهة غيره لا تسمع دعواه فكذا هذا وفي الوجه الثاني والثالث وهو ما إذا شهدوا بالمفاوضة وبالمال في يده أو بالمفاوضة لا غير.

قال أبو يوسف: لا تقبل بينة المدعي قبله.

وقال محمد: تقبل.

لمحمد: أن الشهادة والقضاء وقعا بالعقد وكون المال في يده ولم يقع بالمناصفة والشركة في المال وأنهم لم يشهدوا بالمناصفة وإنما ثبتت الشركة في المال حكمًا للعقد ظاهرًا لا بالقضاء مقصودًا وهذا لا يمنع صحة دعوى المدعي قبله يلغى الملك من جهة غير الملك كما لو أقر بالمفاوضة ثم ادعى كون ما في يده ميراث أو هبة يسمع دعواه فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن البينة غير مسموعة على العقد والقضاء لم يقع به؛ لأن المفاوضة قد انفسخت بإنكار الجاحد؛ لأنه عقد جائز يزيد وينقص بجحود الجاحد وإنما سمعت البينة على موجب العقد وهو الشركة في المال، إذ لو لم يجعل كذلك لبطلت الشهادة ولتعطلت الحجة ولا يجوز تعطيل الحجّة وإهمالها ما أمكن فصارت الشهادة المصرحة بالعقد شهادة بموجبه كناية فيمنع دعوى المقضي عليه بالملك لا بسبب المقضي له بخلاف ما لو أقر بالمفاوضة؛ لأن العقد قائم فتكون الشركة في المال بظاهر العقد لا بالقضاء فجاز إثبات خلاف الظاهر بالبينة كما لو أقام البينة على ذي اليد بالملك.

ولو ادعى أنه وهبه له شريكه وسلم تقبل اتفاقا؛ لأنه ادعى تلقي الملك من جهة المدعي بعد ثبوت الملك له وهذا لا يمنع صحة دعواه؛ لأنه لا يناقض مقتضى شهادة شهوده بل يؤكده ويؤيده، وإذا ادعى أنه شريكه مفاوضة وأقر به المدعي عليه وقضي عليه بمال في يده ثم ادعى شيئًا مما في يده ميراثًا أو هبة وأقام البينة تقبل لما بينا هذا كله إذا كان في حياة المتفاوضين.

فأمّا إذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى ورثته المفاوضة وجحد الحي وأقاموا البينة أن أباهم كان شريكه مفاوضة لا يقضي لهم بشيء كان في يده؛ لأنه لم يثبت كون المال في يده حال قيام المفاوضة لا بالمعاينة ولا بالبينة ويحتمل أن يكون الحي اكتسب ما في يده بعد موت مورثهم وانتقاض المفاوضة بالموت فلا تقضي للمدعي بما في يد الحيّ كما لو شهدوا حالة الحياة في غير مجلس الدعوى بالمفاوضة لا غير لا يقضى له بالمناصفة فكذا بعد موته، وإن أقاموا البينة أنه كان من المال في يديه في حال قيام المفاوضة وما يكون في يد أحد المتفاوضين حال قيام المفاوضة يكون بينهما مناصفة، فإن أقام الحي البيّنة أنه ميراث له من أبيه بعد القضاء عليه لا يقبل إذا شهدوا أن المال من شركتهما، وإن شهدوا أن هذا المال في يده وقت الشركة فعند أبي يوسف لا تقبل بينة الحي، وعند محمد تقبل لما بينا.

وأمّا **القسم الثاني**: لو افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما أن صاحبه كان شريكه بالثلث وادعى صاحبه بالنصف وقد أقر بالمفاوضة فجميعه من العقار وغيره بينهما نصفان لإثبات كسوة أو متاع بيت أو رزق عيال أو خادم يطأها فلا يجعل في الشركة استحسانًا؛ لأن الإقرار بالمفاوضة إقرار بالمناصفة لأنها تقتضي المعادلة والرجوع بعد الإقرار لا يصح فيقضي بينهما نصفين لا فيما صار مستثنى عن عقد الشركة وهو ما يحتاج إليه كل واحد ولا بد له منه وهو ثبات الكسوة وطعام القوت وجارية هي موطوءة، إذ لو جعلت هذه الأشياء على الشركة لوقع كل واحد في حرج فصارت هذه الأشياء مستثناة عن عقد الشركة للضرورة.

ولو أقام البينة على آخر أنه شريكه مفاوضة وهو منكر والمال في يد الجاحد فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: إن ادعى المفاوضة وادعى المال مناصفة وشهد الشهود بالمثالثة لا تقبل الشهادة؛ لأن المدعي أكدت شهوده لفظا ومعنى فإنّه ادعى النصف لفظًا ومعنى بدعوى المفاضلة فلا تقبل كما لو ادعى ألفًا والشهود شهدوا بألفين.

والثاني: لو ادعى المفاوضة بالأثلاث له الثلثان ولشريكه الثلث والشهود شهدوا كذلك تقبل شهادته استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه أكذب شهوده معنى؛ لأنه لما ادعى

المفاوضة فقد ادعى المناصفة معنًى، وإن المبالغة لفظا وقع الشك في القبول، فلا يقبل.

وجه الاستحسان أن الشهادة طابقت، ووافقت دعوى المدعي لفظًا ومعنًى، إلا أنه امتنع بثبوت بعض المشهود حكمًا للمفاوضة لا قصدًا، فلم يمنع ثبوت الباقي وهو المفاوضة بينهما.

والثالث: لو ادعى المفاوضة، وشهد الشهود بالمثالثة، ثم قال المدعي: كانت كذلك تقبل استحسانًا لا قياسًا؛ لأن البيان المتأخر عن الكلام المجمل يلتحق بأصل الكلام، فيصير كالمفسر وقت الإجمال، وكان كما لو ادعى ألف درهم، وشهد الشهود بألفين ثم وقف وقال: كان لي عليه ألفان إلا أني استوفيت الألف، فإنه يقبل هذه الشهادة وكذا هذا مفاوض وكل رجلًا يشتري شيئًا ثم افترقا وقد اشتراه فقال الآمر اشتريته قبل التفرق فهو لي خاصة، وقال الآخر: قبله فالقول للآمر مع يمينه والبينة للآخر؛ لأن الشراء أمر حادث فيحكم بحدوثه حال ظهوره وقد ظهر بعد الافتراق فمن ادعى تقدمه على هذه الحالة فعليه إقامة البينة.

ولو اختلفا على عكس هذا فالقول للذي لم يوكّل؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأنه يدعي حدوث الشراء بعد الفرقة وقد ظهر بعدها ولا تقبل فيه شهادة الوكيلين؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما وكانا مدعيين، وإن قال الشريكان: لا ندري متى اشتراه فهو للآخر خاصّة وكذلك هذا في شركة العنان؛ لأنه ثبت الشراء ولم يثبت سبقه فجعل كأنه حدث للحال بعد الافتراق.

(فصل)

مفاوض أودع شيئًا من مالهما فقال المودع رددته إلى أحدهم صدق؛ لأنه مودع ادعى دفع الوديعة إلى من له الدفع إليه؛ لأن كل واحد من المتفاوضين وكيل صاحبه في أخذ الودائع، وإن جحد المدعى عليه لم يضمن بقوله؛ لأن قول المودع يقبل في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في حق إيجاب الضمان على المدفوع إليه؛ لأنه شاهد في حقّه وشهادة الفرد لا تثبت شيئًا، وكذلك لو مات أحدهما ثم ادعى المودع الدفع إلى الميت؛ لأنه ادعى دفع الوديعة إلى المودع حال جباية فيصدق في

براءة نفسه عن الضمان كما لو كان المودع حيا، ولا يصدق في حق الورثة ولا في تركته ويستخلف الورثة على العلم؛ لأنه يستخلف على فعل الغير وهو الميت، وإن ادعى الدفع إلى ورثة الميت وحلفوا ما قبضوه يضمن حصّة الحي وهي بين الحي وورثة الميت؛ لأنه أقر بدفع نصيب الحي إلى ورثة الميت وليس له الدفع إليهم لأنهم ليسوا بوكلاء عن الحي؛ لأن الشركة قد انتقضت بالموت والوكالة لا تورث فصار ضامنًا نصف الوديعة للحي بالدفع إليهم وهو بينه وبين الورثة؛ لأن الدفع ثبت بقول المودع في حق براءته عن الضمان لا في أحق إبطال حق الورثة في المشاركة؛ لأنه كان للورثة حق المشاركة في كل الوديعة فلا يبطل حقهم بقول المودع، وإن مات المودع فقال المستودع دفعت المال إلى الحي نصفه، وإلى الورثة نصفه يتبرأ عن الضمان إذا حلف؛ لأنه ادعى دفع كل نصف إلى من له الدفع إليه هذا كله إذا مات المودع، فإن مات من لم يودع فقال المستودع: دفعت المال إلى من أودعني بعد موت من لم تودعني وحلف يبرأ عن الضمان؛ لأن المودع، وإن لم يكن وكيلًا عن الميت ولا عن الورثة بالقبض لكن تولى عقد الإيداع بنفسه فكان له حق القبض يجب العقد وردّ الأمانة إلى المودع لا يوجب الضمان، وإن لم يكن وكيلًا عن المالك بالقبض كالعبد المحجور إذا أودع مال المولى إلى رجل بغير إذنه والغاصب إذا أودع ثم ردّ المودع الوديعة إلى من أخذ برئ؛ لأنه ردّ الوديعة إلى من له حق الأخذ فكذا هذا، ولا يصدّق على إلزام الحي شيئًا يمينه بما قبض؛ لأن الحي منكر للقبض والمودع يصدق في نفي الضمان عن نفسه لا في إلزام الغير حقا، وإن أقر أحد الفريقين بقبض النصف شركه الآخر فيه؛ لأنه أقر بقبض بعض مال مشترك بينهم وما أنكر الفريق الآخر قبضه جعل كالبالي والتالف، فكان هلاكه على الشركة.

ولو كان المتفاوضان حيان فقال المستودع: دفعت إليها فأقر أحدهما وجحد الآخر برئ المودع والمقر يصدق على نفسه وشريكه؛ لأن لكل واحد منهما أخذ الوديعة نصفها بالأصالة؛ ونصفها بالوكالة فصح إقراره على نفسه بالمالكية وعلى صاحبه بالوكالة وجحود أحدهما، وإن كان كجحودهما لكن فيه دعوى الضمان على المودع فلا يقبل والإقرار منهما يقبل، وإن افترقا فقال: دفعت إلى من أودعني يبرأ؛

لأن حق قبض الوديعة لمن باشر الإيداع، وإن قال: دفعت إلى الآخر وكذبه ضمن النصف للذي أودعه فيكون بينهما؛ لأنه أقر بدفع نصيب المودع إلى من ليس بوكيل عنه؛ لأنه انقطعت الوكالة بانقطاع الشركة فلم يكن للغير المودع إلّا قبض ملكه، فإن صدقه فالمودع بالخيار إن شاء ضمن المودع حصته، وإن شاء رجع على شريكه؛ لأن المودع أقر بدفع ماله إلى غيره بغير إذنه والقابض أقر بأنه أخذ ماله بعد انتقاض الوكالة وانقطاع الشركة فصار كل واحد متعديا وقيل ينبغي أن لا يكون له تضمين القابض عند أبي حنيفة رحمة الله؛ لأنه بمنزلة مودع المودع. اشترى شريك الوجوه أو العنان وقال: اشتريته لنفسه خاصّة قبل الشركة بمالي، وقال الآخر: بل على الشركة فهو على وجهين: إن قال ذو اليد إنه اشتراه بعد الشركة فهو على الشركة إذا كان المشترى من جنس تجارتهما؛ لأن كل واحد من الشريكين فيما كان من جنس تجارتهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه يشتري شيئًا بعينه؛ لأن الشركة انصرفت إلى الكل والوكيل يشتري شيئًا بعينه إذا اشترى لنفسه بمثل الثمن الذي أمر به حال عينه الموكل، فإنه يكون مشتريا للموكل لا لنفسه فكذا هذا، فإن قال اشتريته قبل الشركة وقال الآخر: لا بل اشتريته بعد الشركة فهو على أوجه: الأول أنه ينظر إلى أسبقهما تاريخا، وإن كان تاريخ الشراء أسبق فهو له خاصّة؛ لأنه قبل الشركة لم يصر وكيلًا عن صاحبه في شرائه، وإن كان تاريخ الشركة أسبق هو على الشركة؛ لأن الشراء كان بعد الشركة وقد صار وكيلًا عن صاحبه في شرائه والمشترى من جنس تجارتهما فيقع على الشركة وإن علم تاريخ أحدهما ولم يعلم تاريخ الآخر، فإن علم أن الشراء كان قبل هذه المنازعة بشهر مثلا ولم يعلم تاريخ الشركة، فإنه يجعل تاريخ الشراء قبل الشركة؛ لأن الشركة أمر حادث ولم يظهر لها تاريخ فيجعل حدوثها لأقرب ما ظهر فيجعل كأنهما عقدا الشركة للحال، وإن علم أن الشركة كانت قبل المنازعة بشهر ولم يعلم تاريخ الشراء، فإنه يجعل الشراء بعد الشركة فيكون بينهما؛ لأن الشراء أمر حادث فيحكم بحدوثه من وقت ظهوره، وإن لم يعلم تاريخ أحدهما جعل كأنهما وقعا معًا كما في الغرقى والحرقى.

ولو وقعا معًا لا يكون المشترى على الشركة وإن قال أحدهما: اشتريت متاعا فعليك نصف ثمنه وكذّبه شريكه، فإن كانت السلعة قائمة فالقول قوله؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه للحال فيكون مصدقًا فيما حكى، وإن كانت هالكة لا يصدَّق؛ لأنه لا يمكن استئنافه للحال وقد ادعى عليه ذلك وهو ينكر، وكذا لو أقر شريكه أنه اشتراه وأنكر القبض؛ لأن إنكار القبض والسلعة هالكة إنكار لوجوب الثمن؛ لأن الثمن لا يجب فمتى كانت السلعة هالكة إلا بعد القبض وحلف شريكه على العلم؛ لأنه يستحلف على فعل الغير، وإن أقام بينة على الشراء والقبض فالقول قوله مع يمينه على الهلاك؛ لأنه ثبت الشراء والقبض بالبينة العادلة والمقبوض في يده أمانة والأمين متى ادعى هلاك الأمانة يقبل قوله مع يمينه على الهلاك كالمودع إذا قال هلكت الوديعة.

(باب عتق أحد المتفاوضين واختلافهما فيه)

أعتق أحد المتفاوضين عبدًا من الشركة فالقول فيه كما في غير المتفاوضين؛ لأن الإعتاق تبرع محض لا يسويه تجارة فلا يدخل تحت المفاوضة فصار الحال بعد المفاوضة كالحال قبلها، وإذا تفرق المتفاوضان فأشهد كل واحد على صاحبه بالبراءة من كل شركة ثم قال أحدهما: كنت أعتقت هذا العبد في الشركة فدخل نصف قيمته مما برئ إليك منه فصدقه الآخر في عتقه، وقال: كنت أخذت ضمان العبد فالقول لمن لم يعتق مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على براءة العتق لأنهما تصادقا أن العتق كان في المفاوضة والبراءة تناولت جميع ما يستحق كل واحد منهما على الشركة بالمفاوضة لكن المعتق يدعي بملك نصيب الساكت بالضمان، وأنه لا يثبت بنفس العتق فلم تتناوله البراءة وهو ينكر فيكون القول له وله تضمين العبد عند أبي حنيفة دون الشريك؛ لأن البراءة لا تتناول ما استحق العبد ويسار المعتق لا يمنع سعايته عنده وحق تضمين المعتق يثبت للساكت بنفس العتق فدخل تحت البراءة وإن قال اخترت ضمانك برئ من الضمان بالبراءة ولا شيء على العبد؛ لأنه أقر بتضمين المعتق وفي تضمينه إقرار ببراءة العبد عن السعاية فيبرأ العبد عن السعاية بالبراءة التي جرت بينهما؛ لأن البراءة تناولت ما يستحق كل واحد على شريكه

بسبب الشركة، وإن قال ما اخترت شيئًا فله أن يضمن العبد دون الشريك؛ لأن الإعتاق أوجب له تضمين المعتق أو استسعاء العبد وقد تعذر تضمين المعتق لأجل البراءة السابقة فتعين استسعاء العبد.

ولو قال الشريك: أعتقته بعد الفرقة فالقول له؛ لأن العتق أمر حادث فيحكم بحدوثه من وقت ظهوره ولا يثبت سبقه إلا بحجة، وإن أقاما البينة فالبينة للمعتق ويبرئ المعتق والعبد من نصف قيمته؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأن المعتق أثبت بسبق العتق وتملكت نصيب الساكت ودخول الضمان تحت البراءة وبراءة العبد عن السعاية والآخر يبقي هذه الأمور فتقبل بينة المعتق.

ولو أقر أحدهما أنه كاتب عبدًا في الشركة على ألف وقبضها منه ومات العبد فقد دخل في البراءة، وقال الآخر: كاتبته بعد الفرقة فالقول لمن لم يكاتب؛ لأنه ظهرت الكتابة بعد الفرقة ولم يثبت تقدمها على الفرقة فتجعل حادثة بعد الفرقة وإن كان العبد ترك مالًا فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وأنا وارثه وقال الآخر في المفاوضة: فنحن وارثاه والمكاتب لم يود شيئًا، فالقول لمن لم يكاتب قبل ثان دعوى المكاتب أنه كاتبه بعد الفرقة وأنه وارثه لا يصح عند أبي حنيفة؛ لأن الكتابة تتجزأ عنده فيصير نصيبه مكاتبًا ويبقى نصيب الساكت قنًا فهذا عبد مات نصفه مكاتب ونصفه قن للساكت وقد ترك كسبا فلا يعتمد منه، وقيل: يصح عندهم جميعًا؛ لأن المكاتب متى كان موسرًا وقد مات العبد لا ثبوت للساكت إلا بتضمين المكاتب لما مرّ في العتاق، فإذا مات عن تضمين فأديت كتابته عتق الملك عليه فيكون جميع الولاء له، وإذا صحّ الدعوى من المكاتب ذكر أن القول لمن لم يكاتب؛ لأن الظاهر وإن كان يشهد للمكاتب؛ لأنه يدعي حدوثها بعد الفرقة والساكت يدعي استعادتها إلى حالة المفاوضة لكن الظاهر يصلح حجّة لدفع الاستحقاق ولا يصلح حجة للاستحقاق وهو بهذا الظاهر يريد استحقاق الكسب على شريكه وقد ثبت سبب كون المال مشتركا بينهما فجعلنا القول لمن لم يكاتب وجعلنا الكسب بينهما بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن الساكت بهذا الظاهر يدفع استحقاق شريكه في نصف الكسب، فإن المكاتب يدعي استحقاق كله له لأجل

البراءة والساكت يدفع ذلك بما يدعي من حدوث الكتابة بعد الفرقة والظاهر يصلح حجة للدفع والبراءة السابقة لم يمنع ذوي الساكت؛ لأنه بدل الكتابة كان في ذمة المكاتب لا في يد أحدهما وما كان في ذمّة غيرهما لا تتناوله البراءة. مات المفاوضان واقتسم الورثة فظهر مال فقال أحد الفريقين هذا كان من قسمنا وكذبهم الفريق الآخر وقال: إنه المشترك بيننا وإن كان المال في يد المنكرين أو في يد المدعيين ولم يشهدوا البراءة عن كل شركة بينهما فالمال بين الفريقين نصفان لأنهما اتفقا على الشركة في هذا على المال وأيهما اتفقا أنه كان من مال المفاوضة إلا أن صاحب اليد يدعي انقطاع الشركة عما في يده وخلوصه لنفسه بوصول مثله إلى صاحبه فلا يصدق إلا بحجة كما لو وقع الاختلاف بين المتفاوضين بعد الفرقة ولم يشهدوا على البراءة فالقول لمن ينكروا إن كان المال في يد المدعيين وقد أشهدوا على البراءة فالمال لهم خاصة؛ لأن البراءة توجب انقطاع حق كل واحد منهما عما في يد صاحبه فما في يده دخل تحت البراءة فحصل لذي اليد.

ولو كان المال في يد أحد الفريقين فقالوا كان لأبينا قبل المفاوضة وكذبهم الفريق الآخر فالمال بينهما وإن كانوا شهدوا على البراءة مما في الشركة؛ لأن ذا اليد أقر بأن البراءة لم تقع من هذا المال في زعمهم أن ما كان لأبيهم قبل المفاوضة لم يكن من الشركة فلم يكن داخلا تحت البراءة مال الشركة وإذا لم تقع البراءة عنه وقد أقروا بكونه في يد أبيهم حال قيام المفاوضة فيكون مشتركا بين المتفاوضين بحكم المفاوضة ولا يختص أحدهما بشيء مما في يده، وإن ادعى أنه ورثه من أبيه واختص بملكه، فإن كانت البراءة من الشركة وغيرها فهو لهم خاصة؛ لأن البراءة وقعت عامة فدخل فيها ما كان من المفاوضة وغيرها، وإن كان المال في يد غير الفريقين فهو بينهم إلا ببينة.

(باب من يشتري شيئًا فيشترك غيره فيه)

ومن اشترى شيئًا وأشرك فيه آخر قبل القبض لم يصح؛ لأن الاشتراك في المشترى تمليك بعوض؛ لأن مطلق الشركة اقتضت المساواة مطلقًا في النفع

وهو ملك المبيع وفي الضرِّ وهو لزوم الثمن كالمعاوضة فيكون الاشتراك بيعًا معنًى فلم يصح قبل القبض، وإن اشترك فيه بعد القبض فهو بينهما؛ لأن مطلق الشركة مقتضية للمساواة ما لم يقيد بالتفاضل قال الله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] وكانوا في الثلث على السواء لا يفضل الذكر على الأنثى فصار كأنه قال سويتك بنفسي في ملك هذا العبد، وإن اشترك فيه اثنان فبينهم أثلاثا وإذا لم يعرف الدخيل مقدار الثمن جاز وله الخيار؛ لأن الثمن معلوم في نفسه، وإن جهله فصار كسرا ما لم يره يصح؛ لأنه معلوم في نفسه وقيل البيع فاسد، فإذا صار معلومًا انحذف الفساد.

وذكر في (المنتقى): ولو قبض النصف دون النصف شائعًا من المقبوض وغير المقبوض فصح في المقبوض وله الخيار لتفرق الصفقة عليه، وكذا لو باع نصفه أشرك آخر فيما اشترى بعد القبض فهلك قبل التسليم إليه لم يلزمه الثمن وكذلك التولية؛ لأن الإشراك في المشترى بيع والمبيع متى هلك قبل التسليم انفسخ البيع وذكر في المضاربة لو قال: لك شركة ما فلان فعند أبي يوسف بينهما نصفان، وعند محمد هو باطل. قال أشركت فلانا في نصف هذا العبد فله الربع قياسًا؛ لأنه أضاف الإيجاب إلى نصف العبد فتقتضي التسوية بينهما في النصف وكذا النصف استحسانًا؛ لأن حقيقة إضافة الإشراك إلى النصف تقتضي أن يكون شريكًا له في النصف ويبقى الآخر خاليا عن الشركة وهذا لا يتصور؛ لأنا وإن جعلنا له ربع العبد كان شريكًا في جميع العبد لا في نصفه وإذا تعدّد اعتبار حقيقة هذه اللفظة يجعل حرف في مجازًا عن الباء؛ لأن الباء للإلصاق وفي للظرف وبين الظرف والمظروف نوع إلصاق فأمكن أن يستعار عن الباء فيصير كأنه قال: أشركتك بنصف هذا العبد، وإن اشترى رجلان عبدًا فأشركا فيه آخر ينظر إن أشركاه على التعاقب فله النصف ولهما النصف؛ لأن الإشراك إنما يصح في نصيبه فكان الأول أشركه في نصيبه لا غير فيصير نصيبه بينهما نصفين ثم إذا أشركه الآخر يصير نصيبه أيضًا بينهما نصفين، وإن أشركاه معًا يكون له نصفه قياسًا؛ لأن كل واحد إنما يملك الإشراك في نصيبه خاصة فينصرف الإشراك إلى نصيبه خاصّة وله ثلثه استحسانًا؛ لأن الإشراك يقتضي

المساواة، فإذا قالا: أشركنا فيه فقد جعلا الدخيل شريكًا ثالثًا في العبد فاقتضت المساواة بين الشركاء الثلاثة في العبد والتسوية إنما تتحقق إذا صار بينهم أثلاثا، وإن أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز صاحبه فله النصف وللشريكين نصفه؛ لأن الإشراك وإن حصل جملة فالنفاد حصل متعاقبًا ينفذ إشراكه في نصيبه للحال فينصف ويتوقف في نصيب شريكه على إجازته فلما أجازه بنصف نصيبه أيضًا رجلان قال كل واحد منهما لصاحبه أينا اشترى ذلك العبد فقد أشرك فيه صاحبه، أو قال فصاحبه فيه شريك جاز وأنهما اشتراه فقبضه قبضهما وأيهما نقد الثمن بأمر صاحبه أو بغير أمره رجع عليه بنصفه؛ لأن هذا في الحاصل توكيل من كل واحد منهما لصاحبه بشراء نصف عبد بعينه فجاز وقبض الوكيل ينوب عن قبض الموكل ويرجع بما نقد من ماله على موكله.

ولو اشتريا معًا وأحدهما نصف قبل صاحبه ثم اشترى الآخر النصف الباقي فهو بينهما، أمّا معًا فلأنه اشترى كل واحد منهما نصفه فيكون ما اشتراه له، وأما متعاقبا فلأنه لما اشترى الأول نصفه وقع الشراء لهما وللآخر أن لا يرضى بشري ربع العبد له ليفرق الملك عليه، فإذا اشترى هو النصف الباقي كمل نصف العبد له فيسقط خياره وصار النصف الباقي بينهما أيضًا لذلك، ولا خيار للأول؛ لأنه كمل له نصف العبد، فإن أذن كل واحد لصاحبه في بيعه فباعه أحدهما من رجل على أن له نصفه فهو بائع نصيب شريكه بنصف الثمن؛ لأنّه أوجب البيع في جميع العبد ثم رجع عن البيع في نصيب نفسه؛ لأنه استبقى واشترط الملك في ذلك النصف لنفسه بقوله على أن نصفه لي؛ لأن نصيب شريكه لا يكون مملوكا له فانصرف اشتراط الملك لنفسه إلى نصيبه خاصّة، وإن باعه إلّا نصفه فجميع الثمن ونصف العبد بينهما نصفان عند أبي حنيفة، وعندهما البيع ينصرف إلى نصيب البائع خاصة؛ لأنه استثنى نصف العبد مطلقًا عن البيع والاستثناء بيان أن المستثنى لم يكن داخلا تحت المستثنى منه فلم يدخل النصف المستثنى تحت البيع أصلًا فصار الثمن المستثنى متقابلان النصف فصار كأنه باع نصف العبد بالثمن المسمى فينصرف البيع إلى النصف من النصيبين عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ينصرف إلى نصيبه خاصة

بناء على أن الوكيل ببيع العبد يملك بيع بعضه عنده فينصرف النصف إلى النصيبين؛ لأنه ذكر النصف مطلقًا وعندهما لا يملك فوقع البيع على نصيبه؛ لأنه يملك بيع نصيبه بولاية أصليّة ويملك بيع نصيب شريكه بولاية عارضيّة والأصلية أقوى فينصرف البيع إليه.

ولو قال: أشركتك فيه على أن تنقد الثمن عني ففعل لا يصح؛ لأن الإشراك بيع والبيع بشرط أن ينقد المشتري عن البائع دينًا عليه لا يجوز؛ لأنه شرط فيه شرطًا لا يقتضيه البيع ولأحدهما فيه منفعة كما لو باع منه شيئًا على أن يقرضه. رجل أمر آخر أن يشتري عبدًا بعينه بينه وبينه فقال نعم فأشهد عند الشراء أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد مشترك؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه حال عينه الموكل، وإن كان ذهب ليشتري العبد فقال له آخر اشتره بيني وبينك فقال نعم فاشترى العبد بين الأمرين فلا شيء للمأمور؛ لأنه لما قبل الوكالة من الأول في شراء نصف العبد لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه ولا لغيره فلما قبل الوكالة من الثاني انصرفت إلى النصف الذي يملك شراءه لنفسه فصار هذا النصف مستحقا للثاني والنصف الثاني كان مستحقا للأول وخرج الوكيل عن الوسط قالوا وهذا إذا قبل الوكالة من الثاني بغير محضر الأول، فأما إذا قبل الوكالة من الثاني لمحضر الأول يكون العبد بين الثاني والمأمور نصفين؛ لأنه لما قبل الوكالة من الثاني ليكون العبد بينهما، ولا يملك ذلك إلّا بأن يعزل نفسه عن وكالة الأوّل كان قبول الوكالة على هذا الوجه فسخًا للوكالة الأولى وهو يملك عزل نفسه بمحضر من الأول ولا يملك عزل نفسه حال غيبته فافترقا لهذا.

(المنتقى) رجل اشترى متاعًا فقال له رجل: أشركني فيه، فقال: قد أشركتك، فقبل ذلك الرجل ثم قال الآخر مثل ذلك، فللأول النصف وللثاني الربع؛ لأن الشركة لما اقتضت المساواة لم يفتقر إلى بيان النصيب الذي أشركه فيه فيوجب التساوي بينهما في الملك فثبت الملك في النصف الأول ثم إشراكه الثاني يصح في نصيبه فيصير نصيبه بينهما.

رجل اشترى عبدًا وقبضه فقال له آخر: أشركني فيه، فأشركه ثم لقيه آخر وقال:

أشركني، فأشركه، ينظر إن علم الثاني بمشاركة الأول فله نصف نصيبه وهو الربع؛ لأنه طلب منه الإشراك في نصيبه خاصّة ونصيبه النصف، وإن لم يعلم فله نصف جميع العبد ويخرج المشتري من العبد؛ لأنه طلب منه الإشراك في كل العبد فيكون طالبا للنصف وللمشتري ولاية جعل نصفه له لا غير فيصير نصفه له وبقي النصف للأول، وكذلك لو اشترى عبدًا فقال له رجل أشركني فيه فأشركه ثم استحق نصف العبد فللمشتري نصف العبد وخرج المشتري من العين.

وكذلك إن اشترى نصف عبد وقبض والعبد كله فأشرك آخر فيه فله نصفه إذا لم يعلم أنه اشترى نصف العبد، وإن علم أنه اشترى نصفه فله نصف النصف لما بينا.

اشترى عبدًا وقبضه ثم قال لرجل: قد أشركتك فيه ولم يقل شيئًا ثم قال المشتري لآخر: قد أشركتك فيه ثم قبلا جميعًا فالعبد بينهما ويخرج المشتري من العين وهذا بمنزلة ما لو قال لرجل: بعتك نصف عبدي هذا بخمسمائة، ثم قال لآخر: بعتك نصفه بخمسمائة فقبلا جميعًا بخلاف ما لو قال لرجل: قد بعتك عبدي هذا بألف ولم يقبل شيئًا ثم قال لآخر: قد بعتك نصفه بخمسمائة فقبلا جميعًا كان نصفه للآخر بخمسمائة ولا شيء للأوّل؛ لأنه لما رجع عن نصف العبد لم يكن للأول أن يقبل النصف الباقي؛ لأن الإيجاب وقع جملة وإنه متّحد فمتى رجع عن بعضه فقد رجع عن كله.

ولو قال له رجل: أشركني فيه فأشركه فلم يقل الرجل قبلت حتى قال لآخر: قد أشركتك فيه ثم قبلا فلا شيء للأول وللثاني النصف؛ لأن الإقدام على إشراك الثاني كان رجوعًا عن الشركة الأولى، وكذلك لو قال لآخر: قد أشركتك فيه، ثم قال لآخر ذلك ثم قال مثله لثالث ولم يقبل واحد منهم فهو بينه وبين الآخر إن قبل، وإن قال: قد أشركتكم جميعًا، فقبل أحدهم فله الربع؛ لأنه أضاف الإشراك إلى ثلاثة جملة فصار مشتركا لكل واحد في الربع اشترى بقرة بعشرة دنانير قبضها ثم قال لآخر: قد أشركتك فيها بدينارين فقبل كان له خمس البقرة؛ لأنه يصير كأنه قال: أشركتك في خمسها.

لو قال رجل لآخر: اشتر عبد فلان بيني وبينك، وقال له آخر اشتر عبد فلان بيني بينك فقال المأمور: نعم ثم اشتراه المأمور فهو بين الأمرين ولا شيء للمأمور؛ لأنه قبل الوكالة عن الأول في النصف وعن الثاني في النصف الثاني؛ لأنه لا يملك عزل نفسه عن الوكالة بغير محضر من الموكل فصار وكيلًا عن كل واحد في نصف آخر.

ولو لقيه ثالث فأمره بذلك فاشتراه المأمور بعد أمر الثلاثة ينظر إن قال للثالث: نعم بغير محضر الأوليين فالعبد بينهما ولا شيء للثالث وللمشتري؛ لأن قبول الوكالة من الثالث عزل لنفسه في حق الأوليين؛ لأنه لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة الأول والثاني من غير علمهما فلم يصح قبول وكالة الثالث، وإن قال نعم بمحضرهما فالعبد بين الثالث والمشتري نصفين؛ لأن قبول الوكالة من الثالث لا يصح إلا برد وكالة الأوليين وهو يملك بردّ وكالتهما بعلمهما فانعزل عن وكالة الأوليين. عبد بين رجلين فقال أحدهما لآخر: أشركتك في هذا العبد فأجاز صاحبه فله النصف بنصف الثمن، وإن لم يجز صاحبه صار نصيبه بينهما نصفين.

ولو كان مكانه بيعًا نقد بيعه في جميع نصيبه؛ لأن الشركة تقتضي المناصفة، ولو صار جميع نصيبه له لا تبقى الشركة ولا كذلك البيع، ولو قال أشركني معك ومع شريكك في هذا العبد ففعل، فإن أجاز الشريك فله الثلث، وإن لم يجز فله السدس؛ لأنه أضاف الشركة إلى اثنين وهو ثالثهما فقد استشركه في الثلث فمتى لم يجز شريكه صح إشراكه في نصف الثلث وفي الوجه الأول أضاف الشركة إلى واحد وهو ثانيه فقد طلب الشركة في النصف فمتى لم يجز صاحبه فله نصف النصف وهو الربع.

ولو قال له رجل: ما اشتريت اليوم فهو بيني وبينك، فقال: نعم جاز، ولو قال له: اشتر عبدًا بيني وبينك لا يجوز، والفرق أن في الأولى تلك شركة في الشراء والشركة في الشراء جائزة، وفي الثانية توكيل بالشراء والتوكيل بشراء عبد منكر لا يجوز.

(النوادر): رجل قال لآخر: اشتر لي جارية فلان وسكت المأمور ولم يردّ ولم

يقبل حتى ذهب واشترى ينظر إن قال عند الشراء: اشهدوا أني اشتريتها لفلان فهي للآمر لأن هذا آية قبول الوكالة، وإن قال: اشتريتها لنفسي فهي له؛ لأن هذا آية رد الوكالة، وإن لم يقل شيئًا وإن قال بعد ذلك: اشتريتها لفلان قبل أن تهلك أو يحدث بها عيب يصدق؛ لأنه غير متهم وبعد الهلاك وحدوث العيب لا يصدق؛ لأنه متهم.

ولو قال له رجل: ما اشتريت اليوم فبيني وبينك، وقال له آخر: مثل ذلك فما اشترى فللآخر نصفه ونصفه بينه وبين الأول، ولو قال لرجل: ما اشتريت اليوم فبيني وبينك فقال نعم ثم قال له آخر اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشترى العبد فنصفه للآخر ونصفه بينه وبين الأوّل، ولو قال الأول: اشتر هذا العبد بيني وبينك، وقال الآخر: ما اشتريت اليوم فبيننا ثم اشترى العبد فللأوّل نصفه ونصفه بينه وبين الآخر.

(باب قبض أحد ربي الدين نصيبه منه)

أصله: أن أحد الشريكين إذا اقتضى نصيبه من الدين المشترك وإن فصل القابض صاحبه بنصيبه بأن اقتضى غير مال منتفع به كما لو استوفى نصيبه أو اشترى به عينًا وقبض فلصاحبه أن يبيعه ويشاركه فيما قبض؛ لأن العين أفضل من الدين وهذه الزيادة حصلت بسبب أصل الحق وهو الدين، فإذا كان أصل الحق مشتركا فكذا الزيادة فيه بمنزلة الولد والثمرة فتشارك في عين المقبوض حتى تتساوى، فإن الشركة تقتضي المساواة.

(**المبسوط**): كل دين مشترك بين رجلين، فإذا قبض أحدهما شيئًا منه فللآخر أن يشاركه في المقبوض بعينه، وإن كان أجود أو أردأ؛ لأن الشركة تقتضي المساواة، فإذا قبض أحدهما نصيبه فقد تعين نصيب القابض وبقي الباقي دينًا على الغريم والعين أفضل من الدين فللساكت أن يشارك القابض في المقبوض حتى يساويه فتكون العين بينهما ولا دين بينهما تحقيقًا للمساواة وأنه متى لم يثبت للساكت المشاركة في المقبوض يؤدي ذلك إلى أن ينفرد أحد الشريكين بالقسمة وأحدهما لا ينفرد بالقسمة، وإن شاء الساكت يسلم المقبوض للقابض واتبع الغريم بنصيبه

وإذا اتبع الغريم لا يرجع على شريكه بنصف ما قبض ما لم ينو ما بقي على الغريم؛ لأن المقبوض كان ملك القابض؛ لأنه خالص ملك المقبوض للقابض فقد أبطل حقه في المشاركة إلا أن ينوي ما بقي على الغريم، فإنه يرجع على القابض في المقبوض؛ لأن الساكت إنما يسلم المقبوض للقابض بشرط أن يسلم له ما على الغريم، فإذا لم يسلم له ما بقي على الغريم عاد حقه في المقبوض كما في الحوالة.

ولو أخرج القابض المقبوض عن ملكه بأن وهبه أو قضاه غريما فليس للساكت أن يأخذه ممن في يده؛ لأن تصرف القابض صادف خالص ملكه؛ لأن للساكت حق المشاركة فيه فقبل أن يقبض منه بقي على ملك القابض فينفذ تصرفه فيه ولكنه يضمن للقابض مثل نصفه؛ لأنه أبطل حقه المتعلق به فصار كالمبيع في البيع الفاسد إذا ملكه المشتري من غيره لا ينقض البائع تصرفه ولكن يضمنه مثله.

ولو كان قبض نصيبه من المبيع فسلم له شريكه ونوى على أن يرده إليه فله أن يأخذ عين ما في يد الشريك لا يجوز غيره وإذا قبض منه الساكت كان للقابض أن يرجع به على الغريم؛ لأنه استحق نصف المقبوض منه فانتقض قبضه فعاد حقه على ما كان.

ولو وهب أحدهما نصيبه من الغريم أو أبرأه منه لم يضمن لشريكه شيئًا؛ لأن الإبراء إسقاط وليس بقبض لنصيبه فلم يزدد نصيبه، ولو أبرأه أحدهما عن مائة والدين ألف ثم خرج شيء من الدين اقتسماه بينهما على قدر حقيهما على الغريم وذلك تسعة للساكت خمسة والمبرئ أربعة؛ لأن الحق عاد إلى هذا القدر، وكذلك إن أبرأه بعد القبض قبل القسمة؛ لأن قدر الحق يتعين حالة القسمة.

ولو اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما عن شيء فالقسمة ماضية لا تنقض؛ لأن الحق كان ثابتا عند القسمة فنفذت القسمة فلا تتغير القسمة بالبراءة بعد.

ولو أقر أحدهما أنه كان للمطلوب عليه مثل نصيبه قبل دينهما برئ المطلوب من حصته ولا شيء لشريكه عليه؛ لأنه وجب للمطلوب على المقر مثل ما وجب له على الطالب فالتقيا قصاصا ويصير أول الدينين مقضيًا بالثاني؛ لأنه وجب قبل الثاني

فصار المقر قاضيا دينًا عليه بنصيبه من الدين المشترك لا مقتضيا نصيبه من الدين، وكذلك لو جنى عليه جناية أرشها خمسمائة لا يكون لشريكه شيء؛ لأنه وجب للمطلوب على الجاني مثلما عليه فالتقيا قصاصا فبرئ المطلوب عن حصة الجاني ولا شيء لشريكه عليه؛ لأن الجاني وإن صار مقضيا نصيبه من الدين؛ لأنه صاحب أول الدينين إلا أنه لم يستفد بهذا الاقتضاء مال عين ولا عين له حكم المال إنما ملك إن شاء ووجب دينًا في ذمة المطلوب فلا يفضل صاحبه بنصيبه ولا يتقدم المساوة بينهما بهذا الاقتضاء، وكذلك لو أتلف عليه متاعا بأن رمى بالنار على ثوبه لا يرجع شريكه عليه شيء في رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص: أن عند أبي يوسف لا يرجع شريكه عليه، وعند محمد يرجع عليه بربع الدين.

ولو أخذه ثم أحرقه أو غصبه فلشريكه أن يرجع عليه بالإجماع.

لمحمد: أن المفسد اقتضى نصيبه من الدين بقيمة المتاع؛ لأن صاحب أول الدين وقد ملك بهذا الاقتضاء عين مال؛ لأن ضمان الاستهلاك يفيد الملك في المضمون كضمان الغصب، فبالضمان ملك المضمون مستندًا إلى أول التناول؛ لأنه في أول ما يناول، وإن كان مالًا عينًا محلا للتملك صار بمعنى المقبوض بخلاف ضمان الجناية؛ لأنه لا يفيد الملك في المضمون فلم يملك بهذا الاقتضاء عين مال.

لأبي يوسف: أن المتلف لم يسلم له عين مال ينتفع به؛ لأنه لم يملك الانتفاع بما يملك من العين في أول التناول بوجه ما، والعين إنما جعل أفضل من الدين لما فيه من زيادة منفعة ليست في الدين، فإذا لم يحصل له عين مال ينتفع به صار وجود ما يسلم له وعدمه سواء فلم تحصل له المفاضلة، وسبب ثبوت المشاركة المفاضلة فصار كالجناية بخلاف ما لو غصبه أو أخذه ثم أحرقه؛ لأنه يسلم له عين مال يمكنه الانتفاع به، وكذلك لو قبض بشراءٍ فاسدٍ فباعه أو أعتقه أو هلك عنده؛ لأنه بمنزلة الغصب.

ولو ارتهن أحدهما بحصته فهلك عنده، فلشريكه أن يضمنه؛ لأن الراهن استوفى حكمًا فصار كالاستيفاء الحقيقي.

ولو أجر أحدهما نصيبه لا يصح عند أبي حنيفة.

وعندهما: يصح.

لهما: أن هذا تصرف لا في نصيبه فيصح كما لو أقر أحدهما أن الدين كان مؤجلًا وكذبه صاحبه صح التأجيل في نصيب المقر، وإن كان يلحق الساكت زيادة مؤنة في القبض والتقاضي فلحوق ضرر الزيادة مؤنة بأحدهما لما لم يمنع صحة الإقرار بالتأجيل فلا يمنع إن شاء التأجيل؛ لأنه مثله.

له: أن تأجيل أحدهما تضمن إضرارًا لصاحبه؛ لأنه بالتأجيل قصد يحتمل جميع مؤنة التقاضي والقبض على صاحبه؛ لأنه متى صح التأجيل فالساكت متى قبض نصيبه من الدين ثم يحل الأجل كان للمؤجل أن يشاركه فيما قبض فيصير فيما بقي على الغريم بينهما، ثم يؤجل نصيبهما من الباقي ثم وثم حتى يصير جميع مؤنة القبض والتقاضي على الساكت، وعليه تحكم الشركة مؤنة التقاضي في النصف لا في الكل. فلا يصح تأجيل أحدهما دفعًا للضرر عن صاحبه بخلاف الإقرار؛ لأنه لم يتضمن إلحاق الضرر بشريكه؛ لأنه أقر أن الدين كان مؤجلا من الأصل، والدين متى وجب مؤجلًا من الأصل لا يكون على واحد منهما التقاضي قبل حلول الأجل وبعده يجب التقاضي عليهما نصفان فلم يكن إقراره سببًا لإلحاق زيادة مؤنة القبض والتقاضي لصاحبه حتى لو أقر أحدهما فقال: كنت أجلته لا يصح؛ لأنه أقر بالتأجيل بعدما وجب حالًا.

ولو اشترى أحد الشريكين بنصيبه ثوبًا فلشريكه أن يرجع عليه بربع الدين ولا سبيل له على الثوب؛ لأن الثوب حصل له بالشراء وقد صار مستوفيا للدين بالمقاصة من حيث إن ثمن الثوب وجب عليه فصار قصاصا بالدين إلا أن يجمعا على الشركة في الثوب فيصير كأنه باع منه نصف الثوب.

ولو صالح من حقه على ثوب فالمصالح بالخيار إن شاء أعطاه مثل نصف حقه، وإن شاء دفع إليه نصف الثوب؛ لأن مبنى الصلح على الحيطة والتجوز بدون الحق فالظاهر أنه بالصلح لم يستوف نصف الدين كملا، فمتى كلفناه إعطاء ربع الدين من عين الخيار تتضرر به المصالح بخلاف الشراء؛ لأن مبناه على المماسكة، فالظاهر أنه بالشراء استوفى نصف الدين بكماله بالمقاصة فمتى لم يجبر لا يتضرر به.

ولو استأجر أحدهما نصيبه دارًا فلشريكه أن يأخذ منه ربع الدين؛ لأن الأجرة بمنزلة الثمن للمنافع فلم تتعلق الإجارة بالدين المضاف إليه، بل بمثله دينًا في الذمة فصار مقتضيًا نصيبه بالمقاصة بين الدين والأجرة.

ولو تزوج أحدهما المرأة التي عليها الدين على حصته لا يرجع عليه شريكه بشيء، ولو تزوجها على خمسمائة مرسلة أو استأجر بخمسمائة مرسلة فلشريكه أن يأخذ منه نصف حقّه، والفرق أن النكاح متى أضيف إلى دين في ذمتها تعلق بعين الدين المضاف إليه فصار ذلك الدين ملكًا لها بالنكاح فسقط عنها فلم يضر الزوج مقتضيا للدين ومتى أضيف النكاح إلى دراهم مشار إليها لا يتعلق بعينها بل يتعلق بمثلها دينًا في الذمة فقد وجب لها على الزوج بالنكاح مثل ما له عليها فالتقيا قصاصا.

(**الجامع**): أصله: أن الدين متى وجب لاثنين على واحد بسبب واحد، فإنه يكون مشتركًا بينهما حتى لو قبض أحدهما شيئًا منه كان للآخر أن يشاركه فيه، كما لو باعا عبدًا مشتركًا بينهما صفقة واحدة؛ لأن الاشتراك في السبب يوجب الاشتراك في الحكم، وإن وجب الدين لاثنين بسببين مختلفين، فإنه لا يكون مشتركا حتى إن ما يقتضيه أحدهما لا يشاركه الآخر فيه كعبدٍ مشترك باع كل واحدٍ منهما نصيبه بصفقةٍ على حدة؛ لأن التفرد بالسبب يوجب التفرد بحكمه إلّا أن يجتمع الحقان في مال واحد وضاق المحل عن إبقاء حقهما فما يقبضه أحدهما يكون مشتركًا بينهما لازدحام الحقين في محل واحد وصفة عن إبقائهما كالتركة إذا اجتمعت فيها ديونٌ وضاقت عن إبقاء الكل.

ثم المسائل على أقسام: قسم في دين الاستحقاق، وقسم في دين الجناية، وقسم في دين الكفالة.

أما القسم الأول: جارية مشتركة باعها غاصب فاستولدها المشتري فقضى القاضي للمغصوب بين الجارية والعقد وقيمة الولد معًا اشتركا فيما يقبضه؛ لأنه وجب لهما بسبب واحد وهو القضاء به جملة ودفعة واحدة لهما فيكون مشتركًا بينهما كثمن جارية باعها صفقة واحدة، فإن وقع القضاء لهما متفرقا اشتركا في قيمة الجارية، والعقر دون قيمة الولد حتى لو قبض أحدهما نصيبه من قيمة الولد لا

يشاركه الآخر فيه؛ لأن الجارية مشتركة بينهما وقد قبض نصف مال مشترك فيشاركه الآخر فيه وكذلك العقر؛ لأنه وجب لهما بسبب واحد وهو الوطء؛ لأنه استيفاء لمنافع مشتركة بينهما وبدل منافع مشتركة يكون مشتركًا، فأمّا قيمة الولد قبل القضاء فلا شيء عليه والقضاء بقيمة الولد قد تعدّد؛ لأنه وجب لكل واحد منهما نصف قيمة الولد بقضاء على حدة فلا تكون قيمة الولد مشتركة بينهما، وإن اختار أحدهما تضمين البائع والآخر تضمين المشتري لم يشتركا في شيء؛ لأنه وجب الضمان لكل واحد يغصب على حدة فيفرد كل واحد بسبب على حدة فيفرد بحكمه، وإن قضى لأحدهما بنصف قيمة الولد ثم مات الولد ثم حضر الآخر لا شيء له؛ لأن الولد يحدث أمانة في يد الغاصب فكيف في يد المغرور وإنما يضمن بالقضاء؛ لأن ولد المغرور علق جزاءً في حق المستولد رقيقًا في حق المالك، فإذا طلبه المالك بتسليم الولد وقد عجز عن تسليمه يلزمه قيمته ولا يلزمه التسليم إلا بعد القضاء ولا شركة بينهما في سبب وجوب القيمة وهو القضاء فلا تثبت الشركة في القيمة، وإن ماتت الجارية في يد المشتري فالمولى بالخيار إن شاء ضمن البائع قيمة الجارية، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد غاصب في حقه، وفي الوجهين جميعًا له أن يضمن المشتري العقر وقيمة الولد طعن عيسى وقال: إذا ضمن البائع ينبغي أن لا يكون له من العقر؛ لأن الغاصب يملك الجارية من وقت الغصب حتى ينفذ بيعه والملك في العقر يستند إلى وقت الغصب؛ لأنه بمنزلة الكسب أو الأرش؛ لأنه بدل المنفعة حقيقة كالكسب أو بدل العين حكمًا كالأرش، وإنّما يظهر إسناد الملك إلى وقت الغصب في حقه، فيظهر أن وطأه صادف ملكه فلا يغرم العقر. والجواب عنه أن المستوفى بالوطء بمنزلة الولد؛ لأنه منفصل عن الأصل حالة الضمان بإزائه عوض؛ لأن المضمون بالغصب الماليّة ومنافع البضع ليست بمال، ولهذا يثبت الحيوان دينًا في الذمّة بدلا عنها، ولا يثبت بدلا عن سائر المنافع فلا يظهر إسناد الملك إلى وقت الغصب في حق المستوفى بالوطء كما لا يظهر في حق الولد فصار المشتري واطئًا ملك الغير فيلزمه العقر، وكذلك لو اشتريا دارًا وناما فيها ساعة فاستحقت فقضى لهما معًا بقيمة البناء على البائع فما يقتضه أحدهما منها

شاركه الآخر فيه وإن قضي متفرقا لم يشاركه الآخر لما بينا؛ لأن الحق إنما ينتقل من البناء إلى القيمة بالقضاء؛ لأنه لم يوجد قبل القضاء سبب ملك من البائع ليستند ملك القيمة إليه، ولهذا يعتبر قيمة البناء يوم القضاء والقضاء قد اختلف فصار بمنزلة لو باع البناء بصفقتين.

وأما **القسم الثاني**: لو قتل المكاتب رجلًا خطأً وله وليان فقدمه أحدهما إلى القاضي وأقام البينة فقضى القاضي بالدم كله وقضى بالقيمة لهما شرك الغائب الحاضر فيما يقبضه؛ لأن سبب وجوب الحق متحد وهو القضاء؛ لأن جناية المكاتب تتعلق برقبته؛ لأن الدفع أصل والقيمة بدل عنه وإنما سبيل الحق إلى القيمة، إما بالقضاء أو بالاصطلاح أو بالعتق أو باليأس عن الدفع من غير عجز لما يأتي فلينتقل الحق من الرقبة إلى القيمة هنا بالقضاء والقضاء متحد فيكون الحق متحدًا مشتركا بينهما، وإن قضى للحاضر بنصف القيمة فقبضه لم يشركه الآخر فيه؛ لأن القضاء وقع متفرقًا فوجب الحق متفرقًا لا مشتركًا، ألا ترى أنه لو قضى لأحدهما بنصف القيمة، ولو كان المقتول اثنين لم يشرك أحد الوليين الآخر فيما قبضه وقع القضاء مجتمعًا أم متفرقًا؛ لأن وجوب القيمة محال إلى الجناية حال اختلاف الجناية لا إلى القضاء؛ لأن قيمة المكاتب كما يجوز أن يجب بالقضاء؛ لأن المكاتب موهوم الدفع عند العجز يجوز أن تجب القيمة بالجناية؛ لأن معجوز الدفع للحال لقيام الكتابة المانعة من انتقاله من ملك إلى ملك كالدبر فأضيف وجوب القيمة إلى القضاء حال اتحاد الجناية لا إلى الجناية، فمتى اتحد القضاء كانت القيمة مشتركة بين ولي المقتول، ومتى تعدد القضاء لم يكن مشتركًا فأضفنا وجوب القيمة إلى الجناية حال اختلاف الجناية عملًا بالأمرين فقد اختلف سبب وجوب الحق وهو القتل فلم يجب مشتركًا.

ولو كان مدبرًا والمسألة بحالها وإنهما يشتركان في المقبوض كان القضاء مجتمعًا أو متفرقًا والفرق أن جناية المدبر يوجب قيمته على المولى ابتداء؛ لأنه ميؤوس الدفع واليأس عن الدفع جاء من جهة المولى بتدبيره فتحتمت قيمته عليه من الابتداء والواجب بجنايات المدبر وإن كثرت قيمة واحدة؛ لأن المولى ضمن

قيمته بسبب منع الرقبة بالتدبير وما منع إلا رقبة واحدة فكان الواجب قيمة واحدة بينهما، فإذا قتل الأول وجبت له القيمة، فإذا قتل الثاني صار شريك الأول في تلك القيمة، فأمّا جناية المكاتب أوجبت الدفع ابتداء؛ لأنه موهوم فصارت رقبته مشتركة بين ولي الجانبين، فإذا قضي لأحدهما بنصف القيمة فقد نقل حقه من الرقبة إلى القيمة وبقي حق الآخر في الرقبة ولا تضايق في القيمة فإنه يجوز أن يجب على المكاتب قيم كنسب جنايات مختلفة فمتى اختلف سبب وجوب القيمة لتعدّد الحق فلا يكون المقبوض مشتركا.

ولو قتل العبد رجلًا خطأ وله وليان فحضر أحدهما واختار الولي دفع العبد أو فداه فهو اختيار الدفع أو الفداء في جميع العبد ويشتركان فيما يقبضه أحدهما؛ لأن النفس واحدة فلا يجتمع فيها الدفع والفداء وأحد الورثة ينصب خصمًا عن الباقين والدفع والفداء وجب بسبب واحد؛ لأن الجناية متحدة والاختيار واحد فبأيهما وجب يكون السبب واحدًا فيكون الحق مشتركًا والله أعلم.

كتاب المضاربة

يحتاج إلى معرفة: شريعة المضاربة، وتفسيرها، وركنها، وشروط جوازها، وأحكامها وأنواعها.

أما شريعتها: فلإجماع الصحابة عليها؛ ولأن المضاربة كانت في الجاهلية الجهلاء وقررهم النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك حين روي أن العباس رضي الله عنه كان يدفع ماله مضاربة ويشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرًا ولا ينزل به واديًا ولا يشتري به ذات كبد بطنه، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه، ولأن المضاربة مشتملة على الوكالة والشركة والإجارة؛ لأنه وكيل عن رب المال بالشراء وشريكا له في الربح ورب المال استأجره ليعمل له ببعض ما يستفاد من الربح فيكون ما شرط من الربح كالأجرة على عمله، ولهذا إذا فسدت المضاربة ظهر معنى الإجارة حتى استوجب أجر المثل وكل ذلك جائز وهذا؛ لأن كل أحد لا يهتدي إلى التصرفات لاستنماء ماله ولا يجد ذا مال يشاركه.

ولو أكلها فني ماله وصار عبئًا على غيره فيحتاج إلى دفع ماله مضاربة إلى فقير يهتدي إلى التجارات ليحصل له منفعة المال مع بقاء أصله على ملكه ويرتفق الفقير بربح ماله فجوزها الشرع دفعًا لحاجة الناس كما جوز الإجارة.

وأمّا تفسيرها لغة: فالمضاربة مأخوذة من الضرب وهو السير قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٠١] أي سرتم إلا أن متعارف الشرع لا يراد بها السير وإنما يراد بها عقد مخصوص لعقد التصرف وتحصيل الربح العظام، إلا أن تحصيل الربح العظام لا يحصل غالبا إلا بالسير في الأرض فسمي العقد مضاربة لما فيها من السير.

وأمّا ركنها: أن يقول: دفعت هذا المال إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة، أو قال خذ هذا المال واعمل به على أن لك نصف الربح أو ثلثه، أو قال ابتع به متاعًا

فما كان من فضل فلك كذا هذا كله مضاربة، إما صريحًا أو مكنيًّا فالمضاربة صريح اللفظ.

والمقارضة هي المضاربة لغة. إلا أن المضاربة لغة أهل العراق والمقارضة لغة أهل الحجاز فكانتا لغتين ببيان عن معنى واحد كالهبة والعطية وغيرهما مكنا عن المضاربة لتضمنه معنى المضاربة؛ لأنه يعمل في المال ببعض من الربح أن العمل اسم عام يتناول البيع والشراء فصار البيع والشراء مذكورين باسم العمل، وكذلك لو قال: خذ هذه الألف درهم فاعمل بها بالنصف أو بالثلث جاز استحسانًا؛ لأن البيع والشراء صارا مذكورين بذكر العمل ونصيبه من الربح صار مذكورًا عرفًا؛ لأن النصف متى ذكر عقيب البيع والشراء فإنما أراد به النصف من الربح عرفًا والثابت عرفًا كالثابت نصًّا فقد ذكر جميع ما تتضمنه المضاربة إمّا صريحًا أو دلالة.

ولو قال خذ هذه الألف واشتر بها هرويًّا بالنصف ولم يزد عليه لم يكن مضاربة لأنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع واسم الشراء لا يتناول البيع، والنصف متى ذكر عقيب الشراء خاصة لا يراد بالنصف عرفا النصف من الربح؛ لأن الربح لا يتحقق من غير بيع المشترى يجوز أن تكون قيمة المشترى ألفين يوم الشراء وألفًا يوم البيع فيتوقف أمر الربح على البيع فلم يذكر جميع ما تضمنته المضاربة ولم تكن مضاربة وتبينت إجارة وهذه إجارة فاسدة؛ لأن العمل مجهول والبدل مجهول حتى لو اشترى كان له أجر مثله؛ لأنه أوفى منفعة بعقد فاسد وليس له أن يبيع ما اشترى إلا بأمر رب المال؛ لأنه وكيل بالشراء خاصة.

ولو قال: خذ هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه لم يذكر البيع والشراء. وجه الاستحسان أن البيع والشراء مذكوران ضمنًا واقتضاء؛ لأنه شرط له عوضًا، والعوض لا يستحق إلا بالبيع والشراء فصار كالمنصوص عليه.

ولو قال: خذ مضاربة على أن لي جميع الربح فهو بضاعة؛ لأنه نص على معنى البضاعة؛ لأن المضارب لم يبتغ لعمله عوضًا لمّا رضي أن يكون جميع الربح لرب المال وكان إبضاعا معنى.

ولو قال: على أن الربح كله للمضارب فقبض فهو قرض عليه هلاكه وله ربحه؛ لأن المضارب لا يستحق كل الربح إلّا بعد أن يكون رأس المال ملكًا له؛ لأن الربح فرع رأس المال كالثمرة للشجرة والولد للأم، وإذا كان الربح لا يملك إلا بملك رأس المال، فإذا شرط رب المال جميع الربح للمضارب فقد ملك جميع رأس المال، مقتضى اشتراط جميع الربح له وشرط عليه رد رأس المال وقوله مضاربة، فإن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صاحبه فصار مقرضًا؛ لأن القرض أقل الدين عين؛ لأنه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبات تقطع الحق عن العين أصلًا فكان إثبات الأقل وأنه متيقن أولًا.

وأما شرائط صحتها فخمسة، **أحدها:** المضاربة لا تكون إلا بالنقدين عندهما.

وقال محمد: تكون بالفلوس أيضًا؛ لأنه ثمن عنده وعندهما لا، وكل ما صلح رأس مال الشركة يصلح رأس مال المضاربة وإلا فلا؛ لأن المضاربة مشتملة على ما يشتمل عليه عقد الشركة وزيادة لما بينا.

وأمّا المضاربة بدين فهو على وجهين:

أحدهما: إن كان له دين على رجل فقال له: اعمل مضاربة فماله عليه بالنصف لا تصح المضاربة بالإجماع ويكون ما اشترى له في ذمته بحاله عند أبي حنيفة.

وعندهما: الوكالة صحيحة وما اشتراه لرب المال وله أجر مثله، أما فساد المضاربة؛ لأن الدين لا يصلح رأس مال المضاربة؛ لأن المضاربة شرعت لاستنماء المال، ولا يتصور استنماء المال إلا وأن يكون المال عينًا لما بين في الشركة، ومتى فسدت المضاربة بقي أمرًا وتوكيلًا بالشراء بالدين الذي عليه وذلك لا يصح عنده وعندهما يصح فوقع الشراء للموكل فيكون المشترى له.

والثاني: لو قال: اقبض مالي على فلان ثم اعمل مضاربة جاز؛ لأنه وكله بقبض دين له على غيره وأضاف المضاربة إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده وكلاهما جائز بخلاف الأولى؛ لأنه لا يصلح وكيلًا بقبض الدين من نفسه فلم يصر قابضا للدين فلم تصر المضاربة مضافة إلى المقبوض العين، وكذلك لو دفع إليه عرضًا أو عبدًا فقال: بعه واقبض ثمنه واعمل به مضاربة فباعه بدراهم أو دنانير ويصرف

جازت المضاربة؛ لأنه أضاف المضاربة إلى ثمن العروض والعبد وأنه يصح به المضاربة، فإن باع العبد بعشرة أكرار حنطة وعمل فالمضاربة فاسدة عند أبي حنيفة، وعندهما: المضارب ضامن لقيمة العبد لرب المال؛ لأن عنده الوكيل بالبيع يملك البيع بأي ثمن كان وعندهما لا يملك إلا بالدراهم أو الدنانير.

ولو قال: اقبض ديني من فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل أن يقبض كله ضمن، ولو قال: فاعمل به لا يضمن والفرق أن كلمة ثم في اللغة للترتيب والتراخي فصار الإذن بالعمل مضافًا إلى ما بعد القبض كأنه قال له: اقبض الدين ثم اعمل به فلا يصير مأذونًا في العمل قبل قبض الكل.

فأما كلمة الفاء والواو للعطف والاشتراك لا للترتيب فيقتضي وجودها كيف ما وجد معًا أو متعاقبا فلم يتأخر الأول عن القبض مقتضى حرف العطف وإنما يتأخر ضرورة أنه لا يمكنه العمل قبل القبض وإذا وجد قبض البعض وأمكنه العمل يصير مأذونًا، وأما إذا قال اقبض ديني ليعمل به مضاربة أو يعمل به لا يعتبر مأذونًا ما لم يقبض الكل؛ لأن قوله ليعمل به أو يعمل به لا يستقيم الابتداء به فيعتبر متعلقا بما قبله حتى لا يلغو، فإذا اعتبر متعلقا صار أحدهما بمنزلة الشرط والآخر بمنزلة الجزاء فجعلنا القبض شرطًا والعمل جزاءً له؛ لأن العمل لا يصلح شرط القبض والقبض يصلح شرط العمل فصار كأنه قال: إن قبضت الدين فاعمل به مضاربة.

ولو نص على ذلك ما لم يقبض الكل لا يثبت الجزاء وهو الإذن بالعمل فكذا هذا بخلاف قوله واعمل به؛ لأنه مما يستقيم الابتداء به فلا يصير متعلقًا بما قبله والواو لا توجب التأخير فلا يتأخر الإذن عن القبض.

ولو قال: خذ عبدي مضاربة على أن رأس مالي قيمته فالمضاربة فاسدة؛ لأنه أضاف المضاربة إلى العبد أولا ثم أضافها إلى قيمته فالمضاربة على كلاهما فاسدة؛ لأن العبد عرض والقيمة مجهولة وجهالة رأس المال وقت العقد يمنع صحة المضاربة.

ولو قال: اشتر لي عبدًا بنسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه

بتقديم عمل مضاربة جاز؛ لأنه أمره بشراء العبد ثم أمره ببيعه ثم أمره بأن يعمل مضاربة بثمنه بعد القبض فقد أضاف المضاربة إلى ثمنه بعد القبض فيصح.

ولو قال رب المال للغاصب أو المستودع أو المبضع: اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز عند أبي يوسف والحسن.

وقال زفر: لا يجوز في الغصب؛ لأن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يده والمغصوب مضمون عليه.

لهما: أنه أضاف المضاربة إلى ما يصلح رأس المال، وإن كان مضمونا في يده ولكن ينقلب أمانة متى امتثل أمر ربّ المال وتصرف فيه بأمره ومتى انتفى الضمان ثبت معنى المضاربة فصحت.

والثاني من شرط صحّة المضاربة: أن يكون رأس المال معلقًا إما بالإشارة أو بالتسمية عند العقد، وأن يكون مسلمًا إلى المضارب بخلاف الشركة والفرق أن المضاربة اقتضت أن يكون رأس المال من ربّ المال والعمل من المضارب، والعمل لا يتأتى إلا باليد فيجب أن تخلص اليد للمضارب وتنقطع عنه يد رب المال والشركة انعقدت على العمل منهما واقتضت أن يكون المال في يدهما حتى يتحقق معنى الشركة.

والثالث من شرط صحتها: أن يكون الربح جزءًا مشاعًا من الجملة كالنصف والثلث والربع لا سهمًا معينًا يقطع الشركة بأن قال على أن لك من الربح مائة درهم أو شرط مع النصف أو الثلث دراهم لا تصح المضاربة؛ لأن اشتراط قدر معلوم من الربح يقطع الشركة في الربح لاحتمال أن الربح لا يكون إلا هذا القدر فلا يحصل الربح لرب المال فلا تتحقق الشركة في الربح فيكون مفسدا للمضاربة.

والرابع من شرط صحتها: إعلام قدر الربح؛ لأن الربح هو المعقود عليه فجهالته يوجب فساد العقد، وكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح يفسد المضاربة وكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن تكون الوضيعة على المضارب أو عليهما صحت المضاربة وبطل الشرط وكل الوضيعة على رب المال.

والخامس: أن يكون المشروط للمضارب مشروطًا من الربح لا من رأس المال حتى لو شرط له شيئًا من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت المضاربة.

والسادس: أن التخلية بين المضارب وبين رأس المال شرط لصحة المضاربة لما نبين، وأما أحكامها فصيرورته أمينا بعد دفع المال إليه؛ لأنه قبضه بإذن مالكه ليرده عليه لا على طريق البدل فكان بمنزلة المودع ووكيلًا عند الشروع في العمل؛ لأنه تصرف في مال الغير بإذنه وشريكًا له إذا ظهر الربح؛ لأنه يستحق بعض الربح بشرط عمله والباقي نما مال المالك فهو له فكان مشتركًا بينهما فالمضاربة في ابتدائها إيداع وفي خلالها وكالة وفي انتهائها مشاركة، وإذا فسدت المضاربة انقلبت إجارة؛ لأن الواجب فيها أجر مثل عمله كما في الإجارة الفاسدة والربح كله لرب المال؛ لأن المضارب عامل في مال الغير فوقع عمله له وهو يستحق الربح بالشرط، فإذا لم يصح الشرط بقيت المنافع مستوفاة بحكم عقد فاسد فيجب أجر المثل بالغًا ما بلغ عند محمد.

وعند أبي يوسف لا يجاوز به القدر المسمى وقد مرّ في كتاب الشركة، وفي المضاربة الفاسدة لو هلك المال في يد المضارب لم يضمن في ظاهر الرواية؛ لأنه بقي أمينًا مأذونًا بقبض ماله وإمساكه إن لم يبق وكيلًا وشريكًا.

ورُوي عن محمد أنه يضمن؛ لأنه متى فسدت المضاربة انقلبت إجارة فيستحق المضارب الأجرة فيصير بمنزلة الأجير المشترك فلا يضمن ما ضاع في يده عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما.

وأما أنواعها: فالمضاربة نوعان: عامّة، وخاصّة.

فالعامّة: أن يدفع المال إلى رجل مضاربة على أنّ الربح بينهما نصفان، والخاصّة أن يدفع المال إليه على أن يعمل بها بالكوفة أو على أن يعمل في البر والبحر أو على أن يشتري به الطعام ونحوه.

(باب ما يجوز اشتراط الربح في المضاربة وما لا يجوز)

عقدا على أن يكون للمضارب عشر الربح أو ثمنه أو خمسه جاز، ولو قالا على

أن له مائة درهم أو ربح مائة درهم ففاسدة لما بينا وللمضارب أجر مثل عمله والربح لصاحب المال، وكذلك كل مضاربة فاسدة عمل فيها المضارب فله أجر مثله ربح أو خسر.

ورُوي عن أبي يوسف في (النوادر): إذا لم يربح فلا أجر له لأنّ المضاربة الفاسدة لا تكون أقوى من الصحيحة، وفي الصحيحة إذا لم يربح لا يستحق شيئًا، ففي الفاسدة أولى وهذا بناء على أصله، فإنه يعتبر حكم الشرط في المضاربة الفاسدة حتى قال: لا يراد على أجر مثله على قدر المشروط.

وجه ظاهر الرواية: أن المضارب لم يعمل لرب المال مجانا بل ابتغى لعمله عوضًا حيث شرط لنفسه ربحًا، ولهذا متى فسدت المضاربة انقلبت إجارة، فإذا لم يستحق المشروط من الربح استحق أجر مثل عمله؛ لأن منافعه صارت مستوفاة بحكم العقد وصار كالمزارعة إذا فسدت يكون للمزارع أجر مثله عمله وإن لم يحصل الخارج فكذا هذا بخلاف الشركة الفاسدة إذا عمل الشريك، فإنه لا يستوجب شيئًا، وإن كان ابتغى لعمله عوضًا؛ لأن من عمل في شيء مشترك لا يستوجب أجرًا، فأمّا المضارب عامل في مال الغير فوقع عمله لغيره وقد ابتغى لعمله عوضًا، فإذا لم يسلم له مشروطه استوجب أجرا، ثم يجب له أجر المثل بالغًا ما بلغ عندهما.

وعند أبي يوسف: لا يجاوز به قدر المشروط لما مر في الشركة، وإذا تلف المال عنده في المضاربة الفاسدة فلا ضمان عليه، وحكي عن الطحاوي أن المذكور في الأصل قول أبي حنيفة، فأمّا على قولهما يضمن المضارب إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه؛ لأن المضاربة متى فسدت صارت إجارة فاسدة فصار المضارب أجيرًا مشتركًا؛ لأن له أن يتقبل مثل هذا العمل من غير واحد، والأجير المشترك في الإجارة الفاسدة متى هلك المال عنده بأمر يمكن التحرز عنه لا يضمن عنده خلافًا لهما.

وذكر الفقيه أبو جعفر: أنه لا يضمن بالوفاق وهو الظاهر، فإنه لم يذكر في الكتاب خلافًا فعلى هذا هما يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبين الأجير المشترك

والفرق أن المضاربة متى فسدت هي إجارة معنى مضاربة لفظًا فيجب العمل باللفظ والمعنى جميعًا كالهبة بشرط العوض فعملنا بمعنى الإجارة وأوجبنا له أجر المثل وعملنا بلفظ المضاربة وجعلنا المال أمانة عندَهُ؛ لأنّ قضية لفظ المضاربة كون المال أمانة عنده بخلاف الإجارة الفاسدة؛ لأنها إجارة لفظًا ومعنى فكان أجيرًا مشتركًا حقيقة.

ولو قال: فللمضارب ربح نصف رأس المال أو ربح مائة من رأس المال جازت كما شرطا؛ لأنه شرط للمضارب من الربح شيئًا معلومًا، وفي المضاربة الصحيحة لا شيء للمضارب إذا لم يربح؛ لأنه استحق المشروط له من الربح متى صح الشرط فلا يستحق شيئًا آخر متى لم يربح دفع ألفًا على أن الربح كله للمضارب فقبض فهي قرض، عليه هلاكها وله ربحها؛ لأنه جعل جميع الربح للمضارب ولن يصير جميع الربح للمضارب إلا وأن يكون المال كله مملوكًا له؛ لأن الربح فرع رأس المال، ثم هنا خمس مسائل:

الأولى والثانية: لو قال: خذ هذا المال على النصف أو اعمل بهذا على النصف فالمضاربة جائزة استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه لم يذكر معنى المضاربة وهو البيع والشراء ولا ذكر نصيبه من الربح؛ لأن مطلق النصف يحتمل النصف من الربح ويحتمل النصف من رأس المال. وجه الاستحسان أن ما ذكر من النصف مشروطًا للمضارب دلالة؛ لأن المضارب هو المحتاج إلى الشرط، فإنه لا يستحق ربح مال الغير بغير شرط، فأمّا رب المال لا يحتاج إلى الشرط؛ لأنه يستحق الربح لاعتبار أنه فرع ملكه لا باعتبار الشرط، فإذا شرط النصف في المضاربة مطلقًا ينصرف إلى ما يحتاج إلى الشرط لا إلى ما لا يحتاج إليه تصحيحًا للعقد وصار كمن اشترى عشرة دراهم وثوبًا بعشرين، فنقد عشرة انصرف إلى حصة الدراهم تصحيحًا للعقد فقد تقيد بالنصف من الربح دلالة. ذكر المضاربة؛ لأن المستحق بحكم المضاربة الربح لا رأس المال.

والثالثة: لو قال: خذ هذا وابتع به متاعا ولك نصف الفضل ولم يقل بع المتاع فالمضاربة جائزة وله أن يشتري ويبيع استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه ذكر الشراء ونصيبه

من الربح ولم يذكر البيع، فإن الابتياع عبارة عن الشراء فلم يذكر جميع معنى المضاربة فلا تثبت المضاربة، وجه الاستحسان أنه ذكر الشراء ونصيبه من الربح وذكر نصيبه من الربح يقتضي البيع؛ لأن الربح لا يتحقق إلا بالبيع فيكون البيع مذكورًا يقتضي ذكر نصيب المضارب من الربح والثابت اقتضاء كالثابت نصًا.

والرابعة: لو قال: خذ هذه الألف واشتر بها هرويا أو رقيقا بالنصف فالمضاربة فاسدة قياسًا واستحسانًا؛ لأنه لم يذكر الربح فلم يصر البيع مذكورا مقتضى ذكر الفضل، فإن اشترى هرويا فالمشترى للآمر؛ لأنه اشترى له بأمره بحكم إجارة فاسدة وليس له أن يبيع إلا بأمر رب المال؛ لأنه أمره بالشراء لا غير والمأمور بالشراء ليس له أن يبيع ما اشترى؛ لأنه لم يؤمر بالبيع، فإن باع ولم يقدر على رده فهو ضامن لقيمته؛ لأنه سلم ماله إلى المشتري بغير إذن صاحب المال والثمن للمضارب؛ لأنه بالضمان ملك ما باع فنفذ بيعه عليه كالغاصب إذا باع ثم ضمن فإن قيل يجب أن لا يصح بيع المضارب؛ لأنه يصير غاصبا بعد البيع بالتسليم إلى المشتري، ولهذا يعتبر قيمته يوم التسليم فيملكه بعد البيع فلا ينفذ بيعه، قلنا البيع السابق قد ارتفع إلا أنه بالتسليم ثبت بيع آخر بالتعاطي بين المضارب والمشتري؛ لأنه وجد منهما الأخذ والإعطاء فيملك المضارب المبيع بالتسليم مقتضاه سابقا عليه تصحيحًا لتصرفه، فإن الحكم قد يثبت سابقا على سببه كمن قال لآخر اعتق عبدك عنّي بألف، ونظير هذه مسألتان إحداهما: دفع ثوبًا إلى رجل تسلمه في طعام فأسلم في غير ما أمره وهلك الثوب في يد المسَلَّم إليه فضمّن الآمر الوكيل جاز السلم فيما بين المسلم إليه والوكيل، وإن كان سبب ملك الوكيل وهو التسليم متأخرا عن العقد، والثانية: إذا التقط الرجل لقطة فباعه بغير أمر القاضي وهلكت في يد المشتري فجاء صاحبها وضمن الملتقط نفذ بيعه، وإن تأخر سبب الملك البيع وإذا نفذ بيع المضارب صار الثمن ملكًا له ويتصدق بالفضل على القيمة عندهما خلافًا لأبي يوسف لما عرف.

والخامسة: وهو ما لو قال: خذ هذه الألف مضاربة واشتر بها هرويا بالنصف اختلف المشايخ فيه قيل تجوز المضاربة؛ لأن قوله واشتر بها هرويا بالنصف يحتمل واشتر بها هرويا بالنصف على المضاربة فيحمل على ذلك تصحيحًا للمضاربة،

وقيل لا يجوز؛ لأنه بدأ الكلام بالعموم ثم ردّه إلى الخصوص بقوله واشتر بها هرويا بالنصف وذكر بعض ما شمله العموم يوجب تخصيص العام فصار كأنه تكلم بالخاص دون العام.

ولو تكلم بالخاص فسدت المضاربة فكذا هذا وصار كما لو دفع أرضًا مزارعة أو نخيلًا معاملة إلى رجل وقال: فاسْقِها أو احفظها بالنصف فهي فاسدة فكذا هذا.

ولو قال: على أن لرب المال ثلث الربح ولم يسمّ للمضارب شيئًا فهي مضاربة فاسدة قياسًا جائزة استحسانًا وباقي الربح للمضارب كما لو سمى للمضارب ولم يسم لرب المال. وجه القياس أن نصيب المضارب من الربح لا يصير معلومًا مقتضى ذكر نصيب رب المال؛ لأن بيان نصيبه من الربح غير محتاج إليه؛ لأنه إنما يستحق الربح بملك رأس المال لا بالشرط فيكون ذكره وعدمه بمنزلة، فصار كأنه لم يذكر نصيبه من الربح، وجه الاستحسان أنه لما بيّن نصيبه من الربح تعين الباقي نصيبا للمضارب عرفًا، فإن في الشيء المشترك بين اثنين كان بيان نصيب أحدهما بيانًا أن الباقي نصيب الآخر كما في قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١].

لما بين نصيب الأم كان بيانًا أن الباقي للأب ولأنه لو لم يصر بيان نصيب أحدهما بيانًا أن الباقي نصيب الآخر يلغو ذكر نصيبه ولا يلغي من كلام العاقل ما أمكن وبيان نصيب رب المال إن لم يكن محتاجًا في حقه لكنه محتاج إليه في حق المضارب ليتبين نصيبه فصح بيان نصيب رب المال.

ولو قال: على أن للمضارب ثلث الربح ولرب المال نصفه فللمضارب ثلثه والباقي لرب المال؛ لأن بيان نصيب رب المال غير محتاج إليه لا في حقه ولا في حق المضارب؛ لأن نصيب المضارب معلوم بالثلث فلغي ذكر نصيب نفسه فصار كأنه ذكر نصيب المضارب بالثلث لا غير.

ولو قال: على أن ما رزق الله تعالى من شيء هو بيننا فالربح بينهما نصفان؛ لأن بيننا تقتضي الشركة والمساواة قال الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةُۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨] أي

الماء مشترك بين قوم صالح وبين ناقة صالح فكان يوما لقومه ويوما لناقته، ولهذا لو أوصى بثلث ماله بين فلان وفلان وأحدهما ميت كان للحي منهما النصف.

دفع ألفا مضاربة على أنهما شريكان جاز والربح نصفان؛ لأن الشركة تقتضي المساواة في اللغة فقد جعل رب المال المضارب مساويا لنفسه في الربح، وكذلك لو قال: لك شرك في قول أبي يوسف.

وقال محمد: هذه مضاربة فاسدة؛ لأن الشركة عبارة عن النصف عند أبي يوسف.

وعند محمد: عبارة عن النصيب بناء على ما لو قال: لفلان شرك في هذا العبد عند أبي يوسف يكون مقرا له بالنصف، وعند محمد يكون مقرا بالنصيب وهي تأتي في كتاب الإقرار.

ولو قال: على أن للمضارب ثلث الربح أو سدسه أو قال: على أن لرب المال ثلث الربح أو سدسه فالمضاربة فاسدة؛ لأنه شرط له أخذ النصيبين، أما الثلث أو السدس فكان نصيبه من الربح مجهولًا وجهالة الربح أوجب فساد المضاربة. دفع ألفًا إلى رجلين على أن له نصف الربح ونصفه لهما لأحدهما الثلث وللآخر السدس جاز خلافًا للشافعي بناء على أن ثلثه اشتركوا على هذا الوجه جاز خلافًا له لما مرّ في الشركة. دفع المضاربة على مثل ما شرط فلان الأجر من الربح في مضاربته، فإن لم يعلماه أو يعلمه أحدهما لا يجوز، وإن علماه جاز لأنهما جهلا الربح أو أحدهما جهله فيفضي إلى المنازعة فيفسد العقد، كما لو باع بمثل ما باعه فلان ولم يعلماه أو علم أحدهما دفع ألف درهم مضاربة ولا يعلمان وزنها جاز؛ لأن جهالة الوزن لا يوقعهما في المنازعة للحال؛ لأنه وجدت الإشارة إليه، ولهذا يجوز البيع بدراهم مشار إليها لا يعرف وزنها وإنما يتوهم وقوع المنازعة بسبب جهالة الوزن في الثاني بأن يشتري المضارب برأس المال شيئًا وباع وربح ثم احتاجا إلى القسمة قد يقع بينهما منازعة في مقدار رأس المال وقد لا يقع بأن وزنا الدراهم قبل شراء المضارب، بل الظاهر أن المضارب يزن رأس المال عند الشراء، ويوهم المنازعة في الثاني لا يمنع جواز البيع والإجارة، فإنه لو باع بدراهم مشار

إليها جاز وربما تهلك الدراهم في يد البائع قبل الوزن ثم يجد المشتري بالمبيع عيبا فيرده ويسترد الثمن ويتنازعان والبيع أضيق جوازا من المضاربة ثم توهم المنازعة في الثاني لا يمنع جواز البيع فأولى أن لا يمنع جواز المضاربة، فإن عمل ثم اختلفا فالقول للمضارب مع يمينه والبينة لرب المال؛ لأن اختلافهما وقع في مقدار المقبوض فيكون القول قول القابض؛ لأنه ينكر قبض الزيادة ورب المال ببينة تثبت قبض الزيادة فكانت أولى.

(النوادر): عن محمد في رجل دفع مالًا مضاربة وقال: إن اشتريت به الحنطة فلك النصف من الربح، وإن اشتريت الدقيق فلك الثلث جاز؛ لأنه التخير وقع بين عملين مختلفين فصار كخياطة الرومية والفارسية.

ولو قال له: إن عملت في المصر فلك الثلث، وإن سافرت فلك النصف فاشترى في المصر وباع في السفر قال المضاربة على الشراء، فإذا اشترى في المصر فله ما شرط في المصر سواء باعه في المصر أو غيره؛ لأن العمل قد حصل بالشراء فاستحق المشروط والبيع أنها للعمل فيأخذ حكمه، وإن عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد على ما شرط؛ لأن لكل بعض حكم نفسه. دفع إلى رجلين مضاربة على أن لأحدهما ثلث الربح والباقي لرب المال وعليه أجر مثل الآخر فالمضاربة فاسدة بينه وبين الآخر دون الأول؛ لأن المفسد وهو عدم الشركة في الربح وجد في حقه خاصة ولا ينفرد أحدهما بالتصرف؛ لأن الإذن بالتصرف لهما قائم.

(باب اشتراط الربح لغيرهما)

(المبسوط): لو شرط في المضاربة بعض الربح لغيره ولا يخلو، إما أن كان المشروط له عبد المضارب، أو عبد رب المال، أو المشروط له أجنبي، أو المشروط له قضى دين أحدهما والمساكين والحج، فإن كان المشروط عند أحدهما بأن دفع ألفًا مضاربة على أن ثلث الربح له إن لم يكن على العبد دين وجب الوفاء بالشرط شرط عمل العبد في المضاربة أو لم يشترط؛ لأن ما شرط العبد مشروط

لمولاه؛ لأن الملك يثبت لمولاه لا له؛ لأنه إن تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد؛ لأنه ليس له عمل ولا رأس مال أمكن تصحيحه لمولاه لأن عقد المضاربة قد جرى بين رب المال وبين المولى فأمكن أن يجعل المشروط للعبد باعتبار المعنى واقعًا للمولى فصار كأن مولاه شرط لنفسه الثلثين من الربح، وإن كان عليه دين إن شرط عمله جاز كما لو شرط بعض الربح لأجنبي وشرط عمله في المضاربة صح الشرط فهذه أولى، وإن لم يشرط ينظر إن شرط ثلث الربح لعبد المضارب لا يصح عند أبي حنيفة ويكون الثلثان لرب المال وعندهما يصح ويكون للمضارب؛ لأن عنده المولى لا يملك كسب عبده المديون فلا يكون المشروط للعبد مشروطًا للمولى فتعذر تصحيحه في حق العبد، ولا في حق المضارب فبطل الشرط وعندهما المولى يملك كسب عبده المديون فيكون المشروط للعبد مشروطًا للمضارب فصح وأما إذا شرطا لعبد رب المال يكون الثلثان لرب المال بالإجماع؛ لأن عنده الشرط لم يصح فصار كالمسكوت عنه فيكون لرب المال كما لو شرط لأجنبي، ولم يشترط عمله وعندهما الشرط قد صح فيصير المشروط للعبد مشروطًا لرب المال، واشتراط الربح لرب المال جائز فيكون الثلثان لرب المال عندهما بعلتين مختلفتين، وإن شرط بعض الربح لأجنبي إن شرط عمله صح؛ لأنه يصير مضاربا مع الأول واشتراط الربح للمضارب جائز وإن لم يشترط عمله لا يصح، ويكون لرب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط لأجنبي؛ لأنه ليس له رأس مال ولا عمل ولا ضمان عمل والربح إنما يستحق بأحد هذه الأسباب ولم يوجد وتعذر تصحيحه هبة لأنها هبة المعدوم، وكذلك لو شرط لامرأة المضارب أو لمكاتبه أو لمواليه أو لمن لا تقبل شهادته له؛ لأن الأملاك متباينة بينه وبين هؤلاء فالمشروط لهؤلاء لا يملك أن يجعل مشروطًا للمضارب؛ لأن المشروط لهؤلاء يكون مشروطًا للمضارب منفعة ولا يكون له رقبة وملك الرقبة أقوى وأرجح والعين للراجح فكأنه لم يشترط للمضارب شيء.

وإن شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب أو دين رب المال صح الشرط ويدفع إليه ولا يجبر على دفعه إلى غرمائه؛ لأن المشروط لقضاء دينه مشروط له معنى؛ لأن

منفعته تعود إليه خاصة وهو تبرئة ذمته عن الدين فصار الثلث مشروطًا له معنى إلا أنه شرط له مالًا وأشار عليه بأمر فكان المالك بالخيار إن شاء قضى به دينه وإن شاء لم يقض، وكذلك لو شرط ذلك للمساكين أو في الحج أو الرقاب؛ لأنه ليس للمشروط له رأس مال ولا عمل فلم يصح الشرط لهم فصار كالمسكوت عنه فيكون لرب المال.

ولو دفع رجلان ألفًا مضاربة على أن للمضارب ثلث ربحهما وثلث الباقي لأحدهما والثلث للآخر فعمل المضارب وربح فثلثه للمضارب وما بقي فبينهما نصفان؛ لأن أخذ رب المال شرط لنفسه بعض ربح مال صاحبه ولم يكن له فيه رأس مال ولا ضمان عمل والربح لا يستحق إلا بهما في المضاربة فلم يصح الشرط.

ولو شرط المضارب أن له الثلث ثلثاه من حصة أحدهما والثلث من حصة الآخر يصح وما بقي بين صاحبي المال على اثني عشر بينهما خمسة أسهم لمن شرط حصته الثلثين وسبعة للآخر؛ لأن شرط الربح للمضارب من نصيبهما على التفاوت صحيح؛ لأنه يستحق الربح بالشرط وشرط الباقي بينهما نصفان باطل؛ لأن الذي شرط للمضارب ثلثي الربح من نصيبه فقد شرط لنفسه بعض الربح من نصيب صاحبه وليس له نصف وثلث وأقله ستة للمضارب من ستة سهمان ثلثاهما من نصيب أحدهما وثلثه من نصيب الآخر وقد انكسر بالثلث فاضرب ثلثه في ستة فيصير ثمانية عشر للمضارب ستة وسهمان من نصيب أحدهما وأربعة من نصيب الآخر بقي اثنا عشر يقسم بينهما على قدر حقيهما في الربح وبقي حق الذي شرط للمضارب ثلثي الربح خمسة؛ لأنه ذهب من نصيبه وهي تسعة للمضارب أربعة وبقي حق الذي شرط للمضارب ثلث الربح في سبعة لأنّه ذهب من نصيبه سهمان.

ولو شرط ثلثه للمضارب وثلثه لمن شاء المضارب والثلث لرب المال فالثلثان لرب المال؛ لأنه شرط الثلث لمجهول؛ لأنه لا يدري أن يشاء الأجنبي أو يشاء لنفسه أو لرب المال وجهالة المشروط له الربح يمنع صحة الشرط كما لو شرط الثلث لرجل من عرض الناس إلا أن المضارب إن شاء الثلث لنفسه أو لرب المال صحّ

الشرط، وإن شاء لأجنبي لم يصح؛ لأنه ليس بإزائه عمل ولا رأس مال فوقع الشك في الصحة فلم يصح بالشك. دفع ألفا على أن للمضارب ثلث الربح على أن يخلط بألف من ماله ويعمل بهما فخلطهما وعمل وربح فهو على الشرط وربح ألف المضارب له خاصة؛ لأن الخلط جائز إذا رضي صاحب المال ويكون نصف الربح للمضارب؛ لأنه نما ملكه فيستحقه بحكم ملكه والثلثان له من النصف الآخر بحكم عمله في مال الدافع؛ لأنه شرط للمضارب شيء من ربح مال الدافع؛ لأن الخلط متى كان بأمر رب المال صار المخلوط مشتركًا بينهما والعامل في شيء هو فيه شريك لا يستوجب أجرًا. فلنا المضاربة بمعنى شركة العنان ومعنى الشركة فيها راجح على معنى الإجارة لما بينا فما يستحقه المضارب من الربح من مال الدافع يستحقه بحكم الشركة يجوز أن يستفضل أحدهما صاحبه في الربح وإن كانا مستويين في رأس المال.

ولو كان الدافع شرط لنفسه ثلثي الربح والعامل ثلثه فالرح بينهما على قدر مالهما؛ لأن الدافع شرط أن يكون ربح ماله كله له وهو نصف الربح فيكون هذا إبضاعا مبتدأ لا مضاربة وشرط لنفسه ثلث ربح مال المضاربة وليس له في ذلك عمل ولا رأس مال فلا يستحقه فيستحق كل واحد ربع مال نفسه خاصة.

ولو شرط للمضارب ثلثي ربح الألفين نصفه من ربح ألف صاحبه ونصفه من ربح ألفه وما بقي للدافع جاز.

طعن عيسى بن أبان وقال: يجب أن يكون للمضارب خمسة أسداس الرّبح والسدس للدافع؛ لأنه شرط الدافع للمضارب ثلثي الربح وذلك أربعة سهمان من ربح ألف المضارب وسهمان من ربح ألفه فقد بقي من ربح ألف كل واحد سهم، فإذا شرط الدافع لنفسه الثلث فقد شرط سهمًا من ربح ألف المضارب لنفسه وليس له في ذلك عمل ولا رأس مال فلا يستحقه والجواب أن الدافع ما شرط للمضارب سهمين من ربح ماله وبإزاء عمله في ماله خاصة وإنما شرط له ذلك بإزاء عمله في ماله وبإزاء سهم الذي شرط لنفسه من ربح مال المضارب، فإنه قال على أن ما بقي بينهما نصفان فيستحق المضارب سهمًا بإزاء عمله في مال الدافع وسهمًا آخر بدلا

عن السهم الذي شرط للدافع من ربح ماله وهذه معاوضة معدوم بمعدوم إلا أنه ثبت ضمنا للمضاربة، والمضاربة عقد على المعدوم بالمعدوم مضافًا إلى وجودهما تبعًا له كاستقراض الحيوان يجوز تبعًا للشراء بأن قال لآخر اشتر دار بجاريتي هذه فاشترى بها صار مستقرضا للجارية تبعًا للشراء، وإن كان لا يجوز مقصودا فكذا هذا.

(باب الشروط في المضاربة)

دفع ألفًا مضاربة بالنصف على أن للمضارب عشرة دراهم في كل شهر أجرة ما عمل في المال أو لعبده ولا دين عليه أو لعبد رب المال أجرة عمله في المال صحّت المضاربة وبطل الشرط ولا يستحق أجرا، فإن عمل فالربح على ما شرطا.

طعن عيسى وقال: يجب أن تكون المضاربة فاسدة وله أجر مثله كما لو دفع أرضًا مزارعة على هذا المثال، فالمزارعة فاسدة وللمزارع أجر المثل والصحيح هو الفرق بين المسألتين وهو أن معنى الإجارة في المزارعة أرجح وأظهر، ولهذا لا تصح المزارعة إلا بضرب المدّة، ويجبر العامل على العمل والعبرة للراجح فتعتبر إجارة والإجارة تبطل بالشروط الفاسدة فيعتبر شركة، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة ومتى عمل في شيء هو شريك فيه لا يستحق أجرًا.

ولو شرط لوالده أو لولده أو لمكاتبه أو لعبده المأذون أجرة عمله جاز؛ لأن المشروط له لا يكون مشروطًا للمضارب فصار كما لو شرط ذلك لأجنبي جاز فكذا هذا.

وعلى هذا الأصل لو دفع ألفًا مضاربة بالنصف على أن يدفع إليه رب المال أرضه يزرعها سنة أو على أن يسكن داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة؛ لأنه ألحق بها شرطًا فاسدًا، والمضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأنها بمعنى الشركة فبطل الشرط.

ولو كان المضارب شرط أن يدفع أرضه أو داره إلى رب المال ليزرعها أو يسكنها سنة فسدت المضاربة؛ لأنه جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وأجرة الدار فصارت حصة العمل مجهولة وجهالة حصة العمل من الربح تفسد المضاربة.

(المنتقى): روي عن أبي يوسف إذا دفع مالًا مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو دار المضارب كان جائزًا.

ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو يسكن رب المال دار المضارب لا يجوز أن يفسد الشرط، وتصح المضاربة لأنه متى شرط للمضارب السكن فقد جعل ذلك أجرة له فيكون شرطًا فاسدًا، فإذا اشترط البيع في أحد الدارين فقد خص البيع بمكان ولم يجعل منافع الدار وسكناه أجرة له ولم يكن شرطًا فاسدًا حتى لا يصح من المضارب تصرف ما فيه؛ لأن لرب المال فسخ المضاربة بغير رضى المضارب إذا لم يتضمن فسخه إبطال حق المستحق للمضارب؛ لأن المال متى كان ناضًا لم يتضمن إبطال حق المستحق للمضارب؛ لأنه إن لم يكن في المال ربح فلا حق للمضارب في رأس المال، وإن كان فيه ربح أمكن رب المال أخذ رأس ماله وأمكن قسمة الباقي من الربح بينهما من حيث اليقين والإحاطة من غير تقوم، وإن كان مال المضارب عروضا لا يصح نهيه للحال بل يقف إلى أن يصير ناضًا حتى يجوز من المضارب كل تصرف استفاده بمطلق المضاربة؛ لأن فسخ المضاربة يتضمن إبطال حق المضارب؛ لأن الفاسخ يأخذ رأس المال باعتبار القيمة، وقد يختلف فيها المقوّمون وربما يدخل على المضارب في ذلك ضرر، فإذا صار ناضًا زال المانع من الفسخ وعمل الفسخ عمله كما في الشركة، وإن كان مال المضاربة دراهم ورأس المال دنانير أو على عكسه، فإنه يصح نهيه عن الشراء المحض حتى لو اشترى بمال المضاربة عروضا لم يجز، ولا يصح نهيه عن صرف مال المضاربة؛ لأنه يلزمه رد رأس المال ولا يتوصل إلى ردّ رأس المال إلا وأن يشتري به ما هو مثل رأس المال جودة وصرفا ولا كذلك لو اشترى به عروضا.

ولو مات رب المال ففي كل وجه انعزل لعزل رب المال انعزل بموته علم به أو لم يعلم وفي كل وجه لا ينعزل بعزله لا ينعزل بموته بخلاف الوكيل ينعزل بموت الموكل مطلقًا والفرق أن في المضاربة إنما لا يصح العزل قصدًا متى كان رأس المال عروضًا لما فيه إبطال حق مستحق للمضارب وإبطال الحق لما لا يجوز قصدًا

لا يجوز حكمًا، فأمّا في الوكيل إنما لا يصح العزل قصدًا بغير علم الوكيل لما فيه من توهم الضّرر بأن ينصرف على حساب أنه على الوكالة فيلحقه ضرر العهدة لا لما فيه إبطال حقه والضرر الموهوم يمنع العزل قصدًا لا حكمًا.

ولو اشترى المضارب بالمال متاعًا فقال المضارب: أنا أمسكه حتى آخذ فيه ربحًا كثيرًا أو أراد رب المال بيعه فليس للمضارب إمساكه لما فيه من إنفاق ملك رب المال في رأس المال وتعطيل ملكه؛ لأنه قد يجد ربحًا وقد لا يجد إلا أن يعطي رب المال رأس ماله وحصته من الربح إن كان في المتاع فضل نظرًا للمضارب؛ لأنه إنما اشتراه ليربح عليه مع نظر رب المال بإيصال ملكه إليه.

وأما إذا لم يعطه رأس المال وأراد إمساكه هل يجبر المضارب على بيعه ينظر إن لم يكن في المال فضل لا يجبر؛ لأنه لم يحصل للمضارب بدل عمله متى لم يكن في المال فضل فكان متبرعًا فيما عمل فيما مضى وفيما يعمل في المستقبل والمتبرع لا يجبر على إتمام التبرع فكان بمنزلة ما لو صار رأس المال دينًا فامتنع المضارب من التقاضي لا يجبر عليه إذا لم يكن في المال فضل، وإذا لم يمكن إجباره على بيعه يقال لرب المال: إما أن يأخذ المتاع برأس المال أو يبيعه كما لو امتنع المضارب من التقاضي، وإن كان في المال فضل يجبر المضارب على بيعه؛ لأنه سلم له بدل عمله فيجبر على إتمام عمله نظرًا لرب المال حتى يصل إلى رأس ماله، كما يجبر على التقاضي إلا أن يقول المضارب أعطيك رأس المال وحصتك من الربح وأمسك المتاع أو أعطيك ثلاثة أرباع المتاع وأمسك الربع حينئذ لا يجبر.

(باب دفع المال مضاربة على أن يعمل رب المال معه)

الأصل: أن التخلية بين المضارب وبين رأس المال شرط لصحّة المضاربة، حتى لو قال لآخر: اعمل بهذا المال مضاربة ولم يدفع إليه فاشترى المضارب وباع وربح، أو وضع فالربح لرب المال والوضيعة عليه؛ لأن ما هو المقصود وهو الربح لا يحصل إلا بتصرف المضارب ولا يتمكن من التصرف إلا باليد فيجب أن يخلص

اليد للمضارب ليتحقق ما هو المقصود من عقد المضاربة بخلاف الشركة، فإن قيام يد رب المال لا يمنع صحّة الشركة؛ لأن الشركة انعقدت على العمل منهما دفع المال مضاربة على أن يعمل رب المال معه فالمضاربة فاسدة؛ لأن التخلية شرط لصحّة المضاربة ولم توجد التخلية بين المضارب والمال لثبوت يده عليه؛ لأنه ما لم تزل يد رب المال عنه لا تثبت يد المضارب عليه كمن باع شيئًا ولم يخلِّ المبيع والمشتري وتعلقا به فهلك يهلك على ضمان البائع، وسواء كان المالك عاقدًا أو غير عاقد كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير معه لم يصح.

ولو شرطا أن يعمل الأب أو الوصي معه جاز، وكذا لو دفع الأب والوصي إلى نفسه وأجنبي جاز، والفرق أن يده يد نيابة عن الصغير للحفظ لا يد أصالة لنفسه وقد بقيت يده النائبة عن الصغير للحفظ متى شرط عمل الصغير فلم توجد التخلية، فإذا شرط عمل نفسه أو دفع ماله إلى نفسه مضاربة فقد تبدلت يده الحافظة النائبة عن الصغير بيده المتصرفة لنفسه فقد زالت اليد النائبة للصغير بالمضاربة بخلاف يد المالك فإنها لا تتبدل بتصرف بحدته في ماله؛ لأنه مالك للتصرف في ماله.

ولو دفع أحد المتفاوضين مالًا مضاربة وشرط أن يعمل شريطة المفاوض مع المضارب فالمضاربة فاسدة؛ لأن نصف المال مملوك للمفاوض العامل وقيام يد المالك يمنع صحّة التخلية ففسدت المضاربة في نصيب العامل، فيفسد في نصيب الدافع أيضًا؛ لأن نصيب أحدهما لا يتميز من الآخر، وإن كان الشريك شركة عنان بأن كان المال من غير تجارتهما جاز؛ لأن شريكه فيه وأجنبيًا آخر سواء، فإن كان من تجارتهما فالمضاربة فاسدة لما بينا.

ولو دفع مالًا مضاربة على أن يعمل المضارب عند رب المال والربح نصفه لرب المال ونصفه للمضارب جاز كان على العبد دين أو لم يكن؛ لأنه لو دفع المال مضاربة إلى عبده جاز؛ لأن المضاربة للحال توكيل بالبيع والشراء وإجارة في الثاني شركة متى ظهر الربح، وتوكيل المولى عبده بالبيع والشراء جائز ومعنى الإجارة في المضاربة إنما اعتبر في حكم واحد وهو إيجاب تسليم رأس المال

وتسليم المال إلى عبده يتصور، فإنه لو دفع إليه ليحفظه جاز والشركة مع العبد صحيحة لحق الغرماء إن كان عليه دين وإن لم يكن فصحيحة على معنى أن يصير الربح من كسب العبد حتى إذا وجب عليه دين قبل أن يتبرع المولى من يده، فإنه يقضي منه دينه، فإذا صلح العبد مضاربا في حق المولى جاز دفع المال مضاربة إلى عبده وأجنبي ثم العبد إن كان مديونا فحصته من الربح لغرمائه، وإن لم يكن مديونا فحصته لمولاه، وكذلك مكاتبه ومن لا تقبل شهادته له، ولو دفع المأذون مضاربه وشرط عمله مع المضارب لم يجز؛ لأن المأذون إن لم يكن مالكا رقبة ولكن يده المتصرفة ثابتة له فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعًا صحّة المضاربة.

ولو شرط أن يعمل مولاه معه على أن للعبد نصف الربح وللمولى ربعه وللمضارب ربعه ولا دين عليه والمضاربة فاسدة؛ لأن كسب العبد ملك المولى فمتى وصل المال إلى يد المولى فقد وجدت يد الملك فيمنع صحة التخلية، وإن كان عليه دين جازت المضاربة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن كسبه غير مملوك لمولاه.

ولو دفع المكاتب وشرط عمل مولاه جازت المضاربة لأن المولى أبعد من مال المكاتب من مال المأذون؛ لأنه ليس له أن ينزعه من يده أصلًا فصار كالأجنبي، ولهذا لو رفع المكاتب المال إلى مولاه مضاربة جاز؛ لأنه كسب مملوك للمكاتب وإن وصل إلى يد المولى وإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت المضاربة؛ لأنه صار ماله ملكًا للمولى، وإن تصرفا وربحا فالربح كله لرب المال ولا أجر للمضارب؛ لأنه عمل في مضاربة مفسوخة؛ لأن الكتابة انتقضت بالعجز، ولهذا لو أجر شيئًا من كسبه أو استأجر أن يعمل برأه فصارت المضاربة غيره على أن يعمل المضارب الأول أو رب المال معه فهي فاسدة، وللأجير أجر المثل فيه والربح بين الأول ورب المال على شرطهما؛ لأن اليد للمضارب والملك للمولى، فإذا شرط عمل نفسه أو عمل رب المال لم يتم الدفع والتخلية إليه، وكذلك لو دفع المال إلى رب المال مضاربة والمضاربة الثانية فاسدة والربح بين رب المال والمضارب على ما شرطا في المضاربة الأولى ولا أجر لرب المال؛ لأن يد رب المال لا يتصور

ثبوتها بجهة المضاربة؛ لأن يده يد ملك ويد الملك مع يد المضاربة لا يجتمعان فلا يجوز أن يكون عاملا في مال نفسه بالمضاربة لأنه لا يستحق ربح مال نفسه بعمله فبطلت المضاربة الثانية وبقي الإذن لرب المال بالعمل، فإذا عمل يصير معينًا للمضاربة؛ والإعانة ليست بإخراج للمال عن يده فبقي عقد المضاربة فيكون الربح بينهما على ما شرطا في المضاربة الأولى رد المضارب المال على صاحبه وأمره بالتصرف على المضاربة فعمل وربح يكون على المضاربة؛ لأن رب المال معين للمضارب؛ لأنه يعمل بإذن المضارب وعمل المعين صار منقولا إلى المستعين، كما لو استعان المضارب بأجنبي صار عمله منقولا إليه فكذا هذا، ورب المال صلح أن يكون معينًا للمضارب في العمل؛ لأن المضارب لا يستوجب الربح بدل عمله وإنما يستوجب الربح من حيث إنه فرع عمله؛ لأن الربح حصل بعمله وهو التجارة في المال بخلاف ما لو استعان الأجير بالمستأجر فعمل المستأجر، فإنه لا يصير عمله منقولا إلى الأجير حتى لا يستحق الأجر؛ لأن الأجير إنما يستحق الأجر بدل عمله فلا بد أن يصير عمله مملوكًا للمستأجر حتى يستوجب الأجر، ولا يمكن أن يجعل عمل المستأجر منقولا إلى الأجير ثم يصير ملكًا له من جهة الأجير بالإجارة؛ لأن صاحب الرقبة يملك عمله بملك الرقبة لا بسبب آخر.

ولو أخذه رب المال من منزل المضارب بغير أمره واشترى وباع فقد انتقضت المضاربة والربح لرب المال؛ لأنه لا يمكن أن يجعل عاملًا للمضارب ومعينًا له لعدم إذن المضارب والاستعانة منه فكان رب المال عاملًا لنفسه ومن ضرورة كونه عاملًا لنفسه انتقاص المضاربة؛ لأنه لا يتصور أن يقع العمل لغير المضاربة مع بقاء المضاربة هذا إذا كان مال المضاربة ناضًّا، فإن كان عروضا فأخذها رب المال وباعها بغير أمر المضارب لا تنتقض المضاربة؛ لأنه لا يملك نقض المضاربة نصًّا متى كان المال عرضا فلا يملك نقضها ضرورة واقتضاء. اشترى المضارب جارية بألف فباعها رب المال بألفين ثم اشترى بألفين جارية أخرى فباعها بأربعة آلاف ضمن رب المال للمضارب خمسمائة حصته من الربح على الجارية الأولى فقط؛ لأن المال لما صار ناضًّا ملك فسخ المضاربة وكان مراده يعتبر أمر المضارب فسخًا للمضاربة؛ لأنه لا يمكن أن يجعل معينًا للمضارب؛ لأنه لم يأمره فلما اشترى بألفين

جارية أخرى فقد اشترى والمضاربة منتقضة فيكون الشراء واقعًا لرب المال لا للمضاربة ويضمن للمضارب خمسمائة؛ لأن الألف ربح في الجارية الأولى فيكون خمسمائة منها حصة المضارب وقد قضى من ذلك دينه فيضمن ذلك للمضارب.

ولو كان المضارب أمره بذلك كانت الجارية الثانية على المضاربة؛ لأن رب المال يصلح معينًا للمضارب في عمل المضاربة فيكون تصرفه بأمر المضارب واقعًا للمضاربة كالأجنبي، وكذلك لو باع الجارية تعرضا ثانيًا؛ لأنه لا يملك فسخ المضاربة ناقضًا فكذا لا يملك فسخها اقتضاء والله أعلم.

(باب دفع المضاربة إلى رجلين)

دفع ألفًا إلى رجلين مضاربة بالنصف، وقال: اعملا برأيكما، أو لم يقل لا يتصرف أحدهما بالبيع والشراء؛ لأنه شرط اجتماعهما ورضي برأيهما دون رأي أحدهما وأنه شرط يقيد؛ لأن التجارة مما يحتاج فيها إلى الرأي والتدبير فمتى اجتمع فيها رأي اثنين كأن أبقى للعين وأربح للمال فيلزمهما مراعاته، كمن وكل رجلين بالبيع والشراء لا ينفرد أحدهما به، فإن عمل أحدهما بنصف رأس المال بغير أمر صاحبه صار ضامنًا لذلك النصف؛ لأنه صار مخالفا وخرج عن المضاربة؛ لأنه صار غاصبًا ضمينا فلا يبقى مضاربًا أمينًا، وإن عمل أحدهما بإذن الآخر لا يضمن؛ لأنه بالإذن صار وكيلًا عن صاحبه فصار عقد الوكيل بمنزلة عقدهما.

ولو عقدا بأنفسهما جاز فكذا هذا بخلاف الوكيلين متى باع أحدهما بإذن الآخر بغير محضر من صاحبه لا يجوز؛ لأنه ليس للوكيل أن يوكل غيره، وأما للمضارب أن يوكل غيره ويأخذ رب المال ماله منهما النصف من كل واحد وما بقي في يد العامل من ربح فهو بين رب المال والمضاربين على شرطهم؛ لأنه لما عمل بإذن صاحبه وقع عمله للمضاربة فيكون الربح على المضاربة بينهم على شرطهم، فإن نوى ما على المضارب المخالف أخذ جميع رأس ماله أولًا؛ لأن التاوي يصرف إلى الربح لا إلى رأس المال؛ لأن الربح فضل على رأس المال فما لم يصل رأس المال إلى رب المال لا يظهر فيه الربح كما لو استهلك نصف رأس المال حتى أخر

ونوى ما عليه يأخذ رب المال جميع رأس المال ويكون التوى مصروفا إلى الربح فكذا هذا.

وإن بقي ربح يأخذ رب المال نصفه ويأخذ المضارب الموافق ربعه والربع الباقي الذي هو نصيب المخالف ينظر فيه إن كان مثلما عليه يحسب ما عليه من نصيبه من الربح؛ لأن في إذا ما عليه واحد نصيبه من الربح اشتغال بما لا يفيد فيكون الباقي من الربح مقسوما بين المضارب الموافق ورب المال ثلاثًا ثلثاه لرب المال، وإن كان نصيبه من الربح أكثر مما عليه يحسب ما عليه من نصيبه من الربح ويعطى له الباقي من الربح إلى تمام نصيبه من الربح، وإن كان أقل مما عليه يحسب قدر نصيبه مما عليه ويرد الباقي إذا أيسر صورته إن كان رأس المال ألف درهم وفي يد المضارب الموافق ألف وخمسمائة مائة ألف ربح خمسمائة رأس المال وخمسمائة دين على المضارب المخالف فيأخذ رب المال رأس ماله ألف درهم يبقى خمسمائة ربح يضم إلى الخمسمائة الدين على المخالف فيصير ألفًا فيكون بينهما أرباعا سهمان لرب المال وسهم للمضارب الموافق وسهم للمخالف من الربح مائتان وخمسون وعليه من الدين خمسمائة فيحسب ما عليه من الدين قدر نصيبه من الربح وذلك مائتان وخمسون وترد مائتين وخمسين إذا أيسر، وإن كان في يد المضارب الموافق ألفي درهم وخمسمائة والربح منه ألف وخمسمائة يضم إلى الخمسمائة التي على المخالف فيصير الربح كله ألفي درهم فيكون نصيب المخالف من الربح خمسمائة وهو مثل ما عليه فلا يلزمه رد شيء، وإن كان في يد المضارب الموافق ثلاثة آلاف فالربح ألفي درهم فيضم إلى ما على المخالف فيصير الربح ألفان وخمسمائة فنصيب المخالف منه أربعة وذلك ستمائة وخمسة وعشرون فيحسب ما عليه وهو خمسمائة من نصيبه من الربح فيرد عليه من الربح مائة وخمسة وعشرون تمام حقه، والباقي من الربح تكون بين رب المال والمضارب الموافق أثلاثا على قدر حصتهما. اشتريا عبدًا فباع أحدهما بعرض أو جارية فأجاز صاحبه لا يجوز قياسًا وجاز استحسانًا. وجه القياس أنه لو جاز بالجارية لصار مقرضًا له العبد كمن اشترى شيئًا كعبد غيره وأجاز صاحب العبد صار مقرضا له العبد والمضارب لا يملك الإقراض فلا يملك الإجازة؛ لأنها تضمنت

الإقراض. وجه الاستحسان أن أحد المضاربين لا يملك الإذن لصاحبه في شري شيء لنفسه بمال المضارب، ويملك الإذن بالبيع والشراء على المضاربة فتنصرف إجارته إليه تصحيحًا لكلامه وتحريا بجواز العقد.

ولو لم يجز صاحبه حتى قبض المشتري العرض أو الجارية أو باعه بألف ثم أجاز لم تجز ويرد العبد على المضاربة ويكون في أيديهما ويضمن قيمة الجارية والعرض وله ثمنه؛ لأنه مقبوض بعقد فاسد؛ لأنه لما زال العرض أو الجارية عن ملكه يصير هالكا حكمًا قبل إجازة البيع في العبد فأوجب فساد البيع فيه فيكون العبد مملوكا لمشتري العبد ملكًا فاسدًا فيؤخذ منه ويكون على المضاربة، ولم يذكر في الكتاب لو قبض الجارية ولم يبعها ثم أجاز المضارب الآخر البيع في العبد هل يجوز؟

وذكر الحاكم أبو نصر مهروند: ولقائل أن يقول: لا تصح إجازته؛ لأن الجارية صارت هالكة حكمًا فإنها زالت عن ملك بائعها وملك الجارية قبل إجازة البيع في العبد يوجب فساده ولقائل يقول تصح الإجازة؛ لأن الجارية قائمة حكمًا؛ لأنه إن زالت عن ملك بائع الجارية بقي له إمكان الإعادة بالاسترداد فلا تعتبر زائلة عن ملك بائعها فيقع البيع في العبد موقوفًا قبل القبض.

ولو لم يجز صاحبه بيع العبد بالجارية وأجاز رب المال جاز البيع وضمن بائع العبد قيمة العبد لرب المال وما اشترى فهو له وبطلت المضاربة؛ لأن إجازة رب المال لم تعتبر في حق نفاذ العقد؛ لأن العقد اعتبر نافذًا في حقه بل يعتبر مجيزا قضي دينه من ماله فصار مقرضا العبد من المضارب؛ لأنه يملك إقراض ماله فصار دينًا عليه ومال المضاربة متى صار دينًا على المضارب بطلت المضاربة والقيمة دراهم أو دنانير والمضارب يملك إبطالها حال كون مال المضارب المضاربة هذا فبطلت المضاربة حكمًا لصحة الإجازة.

(باب ما يجوز للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وما لا يجوز)

(المبسوط): أصله: أن المضارب مأمور بالتجارة فيدخل تحت الأمر كل ما هو

تجارة أو ما لا بد للتجارة منه من صنع التجار وما عداها فلا يدخل.

المضاربة نوعان: عامة، وخاصة.

فالعامة نوعان: أحدهما: لو دفع ماله إليه مضاربة وقال له اعمل برأيك فللمضارب البيع والشراء بالنقد والنسيئة والإجارة والاستئجار والرهن والارتهان والإيداع والإبضاع والتوكيل بالبيع والشراء والمسافرة بالمال في بر أو بحر؛ لأنه مأمور بالتجارة مرة بعد أخرى والحفظ للاسترباح والاستنماء ولا يتحصل الربح والنماء من كل وجه إلا إذا ملك مباشرة التجارة بنفسه والتفويض إلى غيره، ولا يجوز للمضارب دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة أو شركة أو يخلطه بماله أو بمال غيره، فإن رب المال لم يرض بذلك وهو ليس من لوازم التجارة فلا يدخل تحت مطلق التجارة بخلاف المكاتب والمأذون والوصي يملكون دفع المال مضاربة وشركة؛ لأنه بمنزلة المالك؛ لأنه يتصرف بنفسه بحكم فكان الحجر لا بحكم الأمر، ولهذا يملك جميع أنواع التجارات والمضارب يتصرف لرب المال بحكم أمره، ولهذا يرجع بالعهدة عليه والمأمور لا يملك إلا ما فوض إليه، ولا يجوز له الاقتراض والاستدانة على المضاربة وأخذ المال سفتجة؛ لأن هذا ليس بتجارة، وبالاستدانة ازداد المحل على ما تناوله عقد المضاربة، فإن المضاربة انعقدت على مال معين فالزيادة عليه لا تجوز إلا إن نص عليه فتعتبر شركة الوجوه لا المضاربة؛ لأنه ليس لأحدهما رأس مال.

ولو اختار المضاربة جاز الثمن على رجل أيسر أو أعسر منه جاز؛ لأن هذا من صنيع التجار يفعلون ذلك بخروج، فإن المعسر ربما يكون أيسر قضاء من الموسر ولذلك لو حطّ عنه شيئًا لعيب مثل ما يحط التجار أو ما يتعارفون به في ذلك العيب وليس له أن يزوج عبدًا أو أمة من مال المضاربة خلافًا لأبي يوسف.

وعن محمد: لا يطأ رب المال ولا المضارب جارية المضاربة ولا يقبّلها ولا يمسها بشهوة، وإن لم يكن فيها فضل على رأس المال.

وذكر في المضاربة الصغيرة وأحب إلي أن لا يطأها رب المال إذا لم يكن فيها فضل، قيل: إن أراد بالأولى أن لا يطأها تنزهًا وتورعًا لا حتمًا، وقيل: فيه روايتان.

وجه تلك الرواية أنه ليس للمضارب فيها ملك ولا حق ملك، ووجه هذه الرواية أن للمضارب فيها حق ملك؛ لأن المضاربة فيها سبب ملك المضارب حتى يقيد له الملك إذا ازدادت قيمتها وفضلت عن رأس المال وقيام سبب حقيقة الملك يورث شبه الملك للحال، ولهذا ليس لرب المال أن يأخذها من المضارب.

ولو مات المضارب يورث ماله من الحق في المضاربة، ولو لم يكن له حق التصرف لكان لا يورث وحق الملك للغير في الجارية يحرم الوطء ودواعيه كما في جارية المكاتب.

ولو زوجها رب المال ولا فضل فيها فالنكاح جائز وخرجت من المضاربة؛ لأن المضاربة انفسخت فيها بمقتضى إقدامها على النكاح تصحيحًا للنكاح حتى لو زوجها رب المال على أن تبقي الجارية على المضاربة لا يجوز.

ولو كان فيها فضل فالنكاح باطل وهي على المضاربة وليس للمضارب أن يكاتب؛ لأن الكتابة ليست بتجارة، فإن كاتب وليس فيه فضل فما أداه يكون من مال المضاربة ولا يعتق.

ولو كاتب وفيه فضل تصح الكتابة في حصة المضارب عند أبي حنيفة رضي الله عنه والباقي على المضاربة؛ لأن عنده الكتابة تتجزى كالعتق وعندهما لا تتجزى فللآخر نقض الكتابة دفعًا للضرر عن نفسه وإن لم ينقض الكتابة حتى أداها عتق نصيب المضارب عنده وعندهما يعتق الكل وما قبض المضارب من المكاتبة فربعه له وثلاثة أرباعه تكون على المضاربة فيستوفي رب المال رأس ماله من ثلاثة أرباع المكاتبة وما بقي يكون بينهما على الشرط. أذن المضارب لعبد في التجارة جاز على رب المال في ظاهر الرواية؛ لأن الإذن من التجارة من صنيع التجار، ويملك المأذون من جهته من التصرفات ما يملك المضارب دون ما لا يملكه فيكون هذا تخصيصا في الإذن، فإن المضارب فوض إلى العبد جميع ما يملكه بنفسه، فإن اشترى العبد عبدًا، من تجارته فجنى لا يدفعه ولا يفديه حتى يحضر المضارب ورب المال؛ لأنه لا يملك أن يفعل ما لا يملكه المضارب بنفسه، وإن حق عبدًا من المضاربة دين كان للمضارب أن يبيعه فيه سواء كان المولى حاضرا أو غائبًا؛ لأنه

دين التجارة فكان ولاية التصرف فيه له، ولو رهن المضارب العبد بدينه لم يجز سواء كان فيه فضل أو لا؛ لأن الرهن أبقى حكمًا وليس له أن يقضي دينه من مال المضاربة، وله أن يرهن مال المضاربة بدين المضاربة ويرتهن به؛ لأنه لا يملك إبقاء دين المضاربة واستيفاءه.

ولو دفع أرضًا بغير بذر مزارعة جاز؛ لأنه مؤاجر لأرضه والإجارة داخلة تحت عقد المضاربة، ولو استأجرها بيضاء واشترى بمال المضاربة بذرًا ليزرع على المضاربة جاز، وكذلك لو اشترى أرضًا وبذرًا ودفعه جاز، وكذلك إذا فصلها ليزرع فيها نخلًا أو شجرًا؛ لأن ذلك تجارة معنى؛ لأن هذا بدل المال ليستفيد أضعافه إلى أجل.

ولو أخذ نخلًا وشجرًا أو رطابًا معاملة على أن ينفق عليه من مال المضاربة لا يجوز، ويضمن ما أنفق من مال المضاربة وإن قال له: اعمل برأيك؛ لأنه عقد المضاربة على منافع ببعض الخارج فيكون بدل عمله للمضارب؛ لأن منافعه غير داخلة تحت المضاربة، وما شرط من الاتفاق فذلك مانع للعمل كالخيط للخياطة والصبغ في الصباغة فلا يجوز أن يستحق بدل عمله رب المال، وقوله اعمل برأيك يفيد تعميم التفويض في التصرف في المال لا في المنافع.

ولو اشترى المضارب خمرًا أو خنزيرًا أو مدبرًا أو أم ولد أو مكاتبًا ضمن رأس المال علم أو لم يعلم؛ لأن رب المال أمره يشتري ما يمكنه بيعه ليحصل الربح فصار مخالفًا فصار مشتريًا لنفسه وصار كما لو اشترى من رب المال لم يجز.

ولو اشترى بيعًا فاسدًا مما يملكه بالقبض لا فهو على المضاربة؛ لأن المضاربة عامّة تتناول العقد الصحيح والفاسد وقد اشترى ما يمكنه بيعه.

ولو اشترى عبدًا بما لا يتغابن في مثله لا يجوز، وإن قال له: اعمل برأيك؛ لأن الشراء بغبن فاحش تبرع من وجه، ولهذا لا يملكه الوكيل بالشراء لما يأتي في المأذون، ولو باع بما لا يتغابن الناس جاز عند أبي حنيفة خلافًا لهما كما في الوكيل.

ولو اشترى رب المال من مضاربه جاز ولا يخرج به عن المضاربة.

وقال زفر والحسن: لا يجوز متى لم يكن في المضاربة فضل؛ لأنه لم يعد لرب المال ملك التصرف؛ لأن ملك التصرف كان ثابتا لرب المال قبل الشراء، فإنه يملك بيعه من المضارب.

لنا: أنه يفيد له ملك تصرف لم يكن ثابتا له قبل الشراء؛ لأنه بعد الشراء يملك بيعًا لو كان فيه ربح كان الربح كله لرب المال وقبل الشراء لو كان فيه ربح كان الربح بينهما فكان الشراء مفيدا.

ولو اشترى المضارب من رب المال وفيه فضل جاز وخرج المال عن المضاربة؛ لأنه أفاد للمضارب ملك الرقبة في حصة رب المال وفي نصيب المضارب جاز شراؤه؛ لأنه كان على المضاربة فيخرج بالشراء عن المضاربة فيملك بيعًا لو كان فيه ربح سلم له وإنما خرج عن المضاربة؛ لأن المال صار مضمونا عليه وحكم المضاربة أن يكون المال أمانة عند المضارب فلا يجتمعان، وكذلك إن لم يكن فيه فضل؛ لأنه يفيد له ملك الرقبة في ملكه. اشترى المضارب بمال المضاربة ثم زاد مائة درهم في الثمن لزمه ولا يكون له شيء من المبيع بمنزلة الأجنبي؛ لأن المضارب وكيل عن ربّ المال، والوكيل عاقد لنفسه في حق الحقوق، والزيادة في العقد من حقوق العقد لأنه يستفاد جوازها بالعقد فصار المضارب كأنه اشترى لنفسه في حق الزيادة ولا يلزم في مال المضاربة؛ لأنه يصير مستدينًا شيئًا على المضاربة وليس له ذلك.

ولو اشترى جارية بألف ومائة ورأس المال ألف تقدر مائة يكون للمضارب؛ لأن ما يخص لا يكون داخلا تحت المضاربة فمتى جعلناه للمضارب لا يؤدي إلى إخراج شيء من المضاربة بخلاف الأول؛ لأن البيع كان كله للمضاربة فلا يجوز إخراج شيء منه من المضاربة إلى المضارب بإزاء الزيادة اشترى المضارب ممن لا يقبل بتهاديه له بما لا يتغابن فيه لم يكن على المضاربة عند أبي حنيفة خلافًا لهما ويجوز بمثل القيمة بالإجماع بخلاف الوكيل إذا اشترى أو باع من هؤلاء لا بمثل القيمة لا يجوز عند أبي حنيفة، والفرق أن المضارب غير متهم في الشراء من هؤلاء؛ لأنه يشتريه لنفسه لطلب الربح في الظاهر أنه لا يؤثر نفسه على قريبه، فأما

الوكيل منهم في الشراء من هؤلاء؛ لأنه ربما يمثل إلى قريبه إحسانا به. باع أحد المضاربين بغبن فاحش فأجاز رب المال لم يجز، وكذلك لو باع رب المال بغبن يسير فأجاز أحد المضاربين لم يجز بخلاف المضارب. باع من أجنبي بغبن يسير وأجاز الأجر جاز، وإن لم يجز رب المال والفرق أن المضارب مأذون بالبيع من جهة رب المال والمأذون بالبيع يجوز بيعه بغبن يسير؛ لأنه مما لا يمكن الاحتراز عنه فيدخل تحت الإذن كالربح اليسير ورب المال غير مأذون بالتصرف ونصيب المضارب من الربح وفي إجارة البيع بغبن يسير إلحاق ضرر النقصان بالمضارب الآخر فلا ينفد عليه إلا أن يرضى بالبيع إلا أنه يبيعه في نصيبهما من الربح بمثل القيمة لا بحكم الإذن على باعتبار دارٍ ملكها في الربح مع بيع ملك رب الملك كالموصي ملك البيع بغبن يسير ولا يملك الوصي وكبيع المريض يجوز بمثل القيمة ولا يجوز بغبن يسير.

ولو اشترى من مكاتبة بما يتغابن فيه لا يجوز على المضاربة بالإجماع؛ لأن له فيه حق الملك.

ولو اشترى من مكاتبه بمثل القيمة يجوز عندهما؛ لأنه يجوز ذلك من الوكيل الخاص فمن المضارب أولى عنده يجوز ذلك من الوكيل الخاص في رواية وفي رواية لا يجوز وقد ذكرنا الفرق، اشترى المضارب ذا رحم محرم منه ولا فضل جاز على المضاربة؛ لأنه اشترى ما يملك بيعه إذ ليس فيه فضل لتملك نصيبه فلا يملك بيعه فصار مشتريا لنفسه.

ولو اشترى ذا رحم من رب المال ضمن رأس المال ولم يعتق؛ لأنه اشترى مالًا يملك بيعه على المضاربة هذا كله إذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك، فإن قال له اعمل برأيك فله أن يخلط بماله ويشاركه ويعطيه مضاربة وجميع ما ذكرنا غير الإقراض والاستدانة وأحد السفاتج؛ لأن قوله اعمل فيه برأيك لا بد وأن يفيد زيادة عمل هو من التجارة؛ لأن هذا الكلام لا يصح ابتداء وإنما يصح بناء على المضاربة والمضاربة أمر بأعمال هي تجارة حتى يفيد ذكر هذه الزيادة سوى ما دخل تحت المضاربة والإقراض ونحوه جاز في الفاسد؛ لأن المضاربة تتضمن الإذن في هذه

الأشياء فالعقد إن فسد بقي الإذن وإذا أبضع المضارب في المضاربة الفاسدة جاز على رب المال؛ لأنه نفى الإذن به وللمضارب أجر المثل لأن عمل المستبضع صار مضافًا إلى المضارب فصار كأنه هو الذي عمل بنفسه.

ولو عمل بنفسه فله أجر مثل عمله فكذا هذا.

وأما المضاربة الخاصة فنوعان:

أحدهما: خاصة في المكان.

والثاني: في العمل.

أما **الأول:** لو دفع مالًا مضاربة على أن يعمل بالكوفة فليس له أن يعمل في غيرها؛ لأن اشتراط هذا مقيد لجواز أن يكون سعرها بالكوفة أرخص أو أغلى فكذلك الأمر وصيانة ماله في الحضر فيها أكبر وربّما يكون لرب المال الاطلاع على ماله حتى إذا همّ المضارب إلى الجناية أمكنه المنع، ثم الألفاظ التي تعتبر شرطا في المضاربة ستة أحدها: أن يقول على أن يعمل بها بالكوفة أو ليعمل بها بالكوفة أو يعمل بالكوفة بالجزم أو يعمل بالكوفة بالرفع أو فاعمل بالكوفة أو اعمل بها بالكوفة أو دفعت المال إليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما يعتبر مشورة ولم يعتبر شرطا، والمضاربة لفظان دفعت إليك مضاربة بالنصف فاعمل بها بالكوفة أو اعمل بالكوفة بغير واو؛ لأن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به، فإنه يعتبر متعلقا بما قبله لكيلا يلغو كما في الألفاظ الستة، وإن كان كلاما يصح الابتداء به لا يعتبر متعلقا بما قبله بل يعتبر كلاما مسدًى كما في اللفظين؛ لأن الواو مما يجوز الابتداء به والأمر بغير الواو يبتدأ به، ولهذا لو قال لامرأته: أنت طالق وإن دخلت الدار تنجز، ولا يتعلق بالدخول فلو خرج من الكوفة وربح فهو ضامن لرأس المال والربح له والوضيعة عليه؛ لأنه صار مخالفًا عاصيًا فصار متصرفًا بغير أمر رب المال، وإن أخرج البعض صار ضامنًا لذلك القدر، فإن لم يشتر به شيئًا حتى رده إلى الكوفة فهو مضارب على حاله؛ لأنه عاد إلى الوفاق فبرئ من الضمان ولا يعطيه بضاعة لمن يخرج منها اعتبارًا للتخصيص.

ولو شرط أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في مكان آخر لا يجوز قياسًا؛ لأنه خالف شرطًا؛ لأن هذا شرط غير مفيد؛ لأن أماكن المصر الواحد لا تتفاوت في

الأمن والنقد والسعر والاطلاع على ماله إما بالمعاينة أو بالاستئجار عنه، ولو قال: لا يعمل إلا في السوق فعمل في غيره يضمن؛ لأنه صرح بالنهي عن غيره.

وأما المضاربة الخاصة في العمل لو قال: خذه مضاربة بالنصف فاشتر به الطعام فهو مضاربة في الحنطة والدقيق؛ لأن الربح مما يختلف باختلاف أنواع المال وكأن يخصص نوع مال مقيد أو المراد من الطعام في العرف هو الحنطة ودقيقها، وله أن يشتري في المصر وغيره وأن يبضع فيه ولو قال: خذه مضاربة بالنصف واشتر به البُرّ وبعه فلو أن يشتري ما شاء من البر وغيره؛ لأن قوله واشتر به مشورة وليس بشرط. دفع مضاربة على أن يشتري من فلان ويبيع فيه جاز ولا يتصرف مع غيره؛ لأن الناس يتفاوتون في الإيفاء والاستيفاء والملاءة والإفلاس والسّماحة في البيع والشراء فيعتبر هذا الشرط، ولو دفع مضاربة في المصر على أن يشتري من الصيارفة فله أن يشتري من غير الصيارفة؛ لأنه لا يمكنه اختيار جميع الصيارفة في معاملتهم حتى يعرف أمانتهم وصيانتهم وسماحتهم وسهولتهم في المبايعة فلم يكن تعيين الصيارفة مفيدا فلغي.

ولو دفع مالًا على أن يشتري بالنقد صح، ولو قال: بعه بالنسيئة ولا تبعه بالنقد فباع بالنقد جاز؛ لأنه خلاف إلى خير. دفع مضاربة على أن يشتري الطعام له خاصة فله أن يستأجر حمولة؛ لأنه لا بد للمضاربة من ذلك ولا يشتري سفينة يحمل فيها الطعام؛ لأنه ليس من عادة التجار والمأمور منه بد إلا أن يكون في بلد اعتاده التجار فيه ذلك، فإن كاتب المضاربة عامة جاز شراء السفينة أيضًا؛ لأنه لو صرف جميع مال المضاربة إلى شراء السفن جاز فكذا إذا أصرف البعض إليها بخلاف ما لو كانت خاصة ودفع مالًا مضاربة ثم نهاه عن العمل يصح نهيه إذا كان مال المضاربة من جنس رأس المال جودة وصرفًا وإلا فلا.

ولو قال له: لا تعمل إلا في الحنطة، فإن كان لم يشتر شيئًا صح أمره، وإن كان اشترى لا يصح؛ لأنه لو نهاه عن أصل العمل والمال عروض لم يصح وتوقف إلى أن يصير رأس المال ناضًّا فكذا إذا نهاه عن البعض.

(باب المضارب يدفع المال مضاربة)

(المبسوط): أصله أن المضاربتين متى كانتا جائزتين وخالف الثاني في العمل وكلاهما ضامنان؛ لأن الأول صار مخالفا لما أشرك الثاني في الربح، والثاني عمل فيه يعتبر إذن رب المال فصار كل واحد منهما متعديا في حق رب المال، ومتى كانتا فاسدتين فلا ضمان على أحدهما متى هلك المال في يد الثاني؛ لأن الأول ما أشرك الثاني في الربح بل استأجره ليعمل في مال المضاربة؛ لأن المضاربة متى فسدت انقلبت إجارة، وللمضارب أن يستأجر أجيرًا ليعمل في مال المضاربة، وكذلك إذا كانت إحداهما فاسدة؛ لأن الأولى لما كانت فاسدة كانت الثانية أيضًا فاسدة. دفع المال مضاربة ولم يقل: اعمل برأيك ثم دفع المضارب إلى غيره مضاربة ولم يقل: اعمل برأيك ثم هلك ما في يده قبل عمله فلا ضمان على واحد منهما.

وقال زفر: له أن يضمن أيهما شاء؛ لأن المضارب لا يملك دفع المال مضاربة إلى غيره.

لنا: أنه لا يجوز أن يضمن بالعقد؛ لأنه مجرد قول لا يؤثر في المال، ولا يضمن بالدفع؛ لأن المضارب يملك تسليم مال المضاربة إلى غيره لجهة الإيداع وقد سلم إلى الثاني لجهة الأمانة ليتصرف فيه فصار كما لو دفع إليه بضاعة، ولهذا لو غصب رجل من المضارب الثاني فالضمان على الغاصب لا عليهما.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنهما لا يضمنان إلا إذا تصرف وربح؛ لأنه حينئذ يثبت للثاني شركة في مال رب المال من غير رضاه، وإن هلك المال بتجارة الثاني ضمنا جميعًا؛ لأنه إن ربح فقد أثبت الأول للثاني الشركة في الربح، وإن لم يربح فقد أثبت له حق البيع؛ لأن بيع ما اشتراه الثاني صار حقًّا له على وجه لا يملك الأول الإبطال عليه؛ لأنه ربما يظهر الربح متى باع فيكون وسيلة إلى الشركة في الربح، ووسيلة حق الإنسان تكون حقا له فلا يملك الأول الإبطال عليه، وإن هلك بعمل ليس بتجارة ضمن الثاني خاصة؛ لأنّه استهلك الأمانة بغير إذن الأول بخلاف ما لو هلك بعمل التجارة؛ لأن فعل الثاني حصل بإذن الأول فيصير فعله مضافًا إلى

الأول من حيث إنه أثبت للثاني حق البيع والشركة في الربح ويبقى مقصورًا عليه من حيث إنه يضمن إبطال حق رب المال؛ لأنه لم يصحّ الأمر من هذا الوجه.

ولو دفع الثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع فهو على وجهين إما أن قال المضارب الأول للثاني اعمل فيه برأيك أو لم يقل، فإن لم يقل اعمل فيه برأيك فلا ضمان على الأول ويضمن الثاني والثالث؛ لأن المال هلك في يد الثالث بعمل لم يكن داخلًا تحت المضاربة، فإنه ليس للثاني أن يدفع المال مضاربة فصار كما لو وهب للثاني أو استهلكه إلا أنه لما أشرك الثالث في الربح صار مخالفا والثالث أحدث تصرفًا في ماله بغير أمره فصارا متعديين في حق ربّ المال، وإن قال الأول للثاني: اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أي الثلث شاء؛ لأن المضارب الأول لما قال للثاني اعمل فيه برأيك كان للثاني أن يدفع إلى غيره مضاربة فصار عمل الثاني عمل الأول فيضمن به الأول كما لو دفع الثاني إلى الثالث بضاعة وعمل المستبضع صار الثلاثة كلهم جناة في حق رب المال فكذا هذا.

ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الأول والأول لا يرجع على أحد إذ ضمنه رب المال؛ لأن الأول لحقه الضمان بعمله لنفسه والثاني والثالث لحقه الضمان بعملهما لغيرهما فيرجعان على من عملا له هذا كله إذا كانت المضاربة من المضارب الأول صحيحة، فإن كانت فاسدة بأن دفع الأول إلى الثاني مضاربة فاسدة وربح وتوي بعدما عمل فلا ضمان على أحد لرب المال لما بينا أن المضاربتين متى فسدتا أو إحداهما فلا ضمان على أحد والوضيعة على ربّ المال وللعامل أجر المثل على المضارب الأول؛ لأن المضاربة متى فسدت انقلبت إجارة معنى فصار كأنه استأجر رجلًا للعمل في مال المضاربة بأجر في الذمّة ويرجع به الأول على رب المال؛ لأنه لحقه الضمان في عمل عمله له؛ لأن الأول أجير، والأجير متى استأجر أجيرًا للعمل الذي استؤجر عليه يكون أجر الثاني على الأول خاصّة، فإن كان فيه ربح فبين المضارب الأول ورب المال على الشرط بعدما يستوفي العامل أجره؛ لأن المضاربة بين الأول ورب المال صحيحة.

ولو أن رب المال قال للأول: اعمل برأيك وقد دفع إليه بالنصف فدفعه

المضارب إلى آخر بالثلث فربح فللآخر الثلث وللأول سدسه ولرب المال نصفه؛ لأن شرط المضارب الأول للثاني ينصرف إلى نصيبه دون نصيب رب المال؛ لأن الداخل تحت قوله اعمل فيه برأيك عمل هو تجارة لا عملًا يوجب خطأ ونقصانا عما شرط لرب المال من نصف الربح كمن وكل غيره ببيع عبد بألف وقال له: اعمل برأيك لا يملك حط شيء من الثمن المسمى فكذا هذا فاستحق الثاني ثلث الربح من نصيب الأول وبقي للأول سدس الربح.

وإن شرط الأول للثاني ثلثي الربح كان للثاني نصف النصف من ربح المضاربة ويرجع على المضاربة سدس الربح في ماله خاصة.

وقال زفر: بأن المضاربة الثانية فاسدة لأنّها لا تفيد الشركة في سدس الربح؛ لأنّه مستحق لرب المال فتكون المضاربة بقدر السدس فاسدة وأنها مضاربة واحدة، فإذا فسد بعضها فسد كلها.

لنا: أنّ المضاربة بقدر النصف جائزة وفيما زاد عليه بقدر السدس جائزة؛ لأنها لا تفيد الشركة في الربح بقدر السدس فما فسد يعتبر مشروطًا فيما كان جائزًا من المضاربة بحكم اتحاد الصفقة إلا أن المضاربة مما لا يبطلها الشروط الفاسدة، وإذا فسدت فيما زاد على النصف يغرم ذلك المضارب الأول لأنَّهُ شرط ذلك من نصيب رب المال.

ولو كان كل الشرط مستحقًّا ضمن مثله كذا في بعضه.

ولو قال رب المال: ما ربحت من شيء بيننا أو ما رزقك الله أو ما كان لك فيه من فضل أو ربح أو ما اكتسبت فيه من كسب أو ما رزقت فيه من شيء أو ما أصاب لك فيه من ربح فهو بيننا نصفان وقال له: اعمل برأيك فدفعه الآخر إلى آخر مضاربة بالنصف فعمل وربح فللمضارب الآخر نصف الربح والنصف الثاني بين الأول وبين رب المال نصفان.

ولو قال رب المال للأول: ما كان فيه من فضل أو قال: ما رزق الله من شيء فهو بيننا نصفان والمسألة بحالها فنصف الربح للآخر والنصف لرب المال ولا شيء للمضارب الأول، والفرق أن في المسألة شرط لنفسه نصف الربح المضاف إلى

الأول والحاصل له؛ لأنه شرط نصف ما رزق الله الأول أو ما أصابه من فضل أو ربح وما رزقه الأول أو أصابه هو النصف الباقي من الربح بعدما دفع النصف إلى الثاني فيكون لرب المال نصف ذلك الباقي وفي المسألة الثانية شرط لنفسه نصف جميع الربح؛ لأنه أضاف نصف الربح إلى المال كله لا إلى ما يصيبه المضارب الأول ولا يتم له ذلك إلا وأن ينصرف شرط المضارب الأول النصف للثاني إلى نصيبه خاصة.

ولو دفع مالًا إلى رجل مضاربة على أن ما رزق الله تعالى يكون بينهما نصفين وقال له: اعمل برأيك فدفعه الثاني إلى الثالث مضاربة بالثلث فعمل فيه وربح فللثالث ثلث الربح وللثاني سدسه ولرب المال نصفه ولا شيء للمضارب الأول؛ لأن الأول شرط للثاني النصف وانصرف إلى النصف الذي يملكه دون نصيب رب المال فبقي من نصيبه سدس الربح وبقي لرب المال نصف الربح؛ لأنه شرط لنفسه ربح جميع المال ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه لما شرط للثاني نصف الربح انصرف إلى نصيبه خاصة فلم يبق له شيء من الربح والله أعلم.

(باب نفقة المضارب)

ولا نفقة للمضارب في مال المضاربة ما دام في مصره.

ولو سافر بالمال للعمل فنفقته في مال المضاربة؛ لأن النفقة إنما تجب بإحساس نفسه للعمل كالمرأة تستوجب النفقة على الزوج باحتباسها في منزل الزوج والقاضي يستوجب الكفالة باحتباسه لعمل القضاء والمضارب في مصره ساكن بالسكنى الأصلية لا لعمل المضاربة، فإنه حين قبل عقد المضاربة كان مقيما في وطنه فلم يكن محتبسًا لأجل المضاربة فوجبت النفقة في المال لأجل الاحتباس؛ لأنه ابتغى لعمله عوضًا على خطر الوجود فجعلنا نفقته في مال المضاربة كيلا يستضر بالإنفاق من مال نفسه ويذهب عمله مجانا متى لم يربح، وإن خرج ما دون السفر ينظر إن كان يغدو ثم يروح إلى منزله ويبيت بأهله فلا نفقة له؛ لأنه ليس لهذا حكم الخروج؛ لأن أهل المصر يتجرون بالسوق وفي السواد ثم يبيتون في منازلهم،

وإن كان لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة؛ لأن خروجه قد صار للمضاربة فصار محتبسًا لأجلها.

ولو نوى الإقامة في مصرٍ فله النفقة ولا تبطل نفقته إلّا بإقامته في مصره أو في مصر يتخذه دارا؛ لأن الإقامة إذا كانت للتصرف فهو محتبس لأجل المضاربة، فإذا صار موطنا له فقد توطن بوطنه الأصلي فكانت إقامته لتوطنه لا لأجل المضاربة.

ولو أن بصريا قدم الكوفة وأخذ بها مالًا مضاربة فلا نفقة له في المال حتى يخرج منها؛ لأنه لم يكن مقيمًا ومحتبسًا لأجل المضاربة، فإذا خرج يريد البصرة فنفقته في طريقه في المضاربة؛ لأنه خرج لعمل المضاربة وإذا بلغ البصرة فنفقته في ماله ما دام بالبصرة؛ لأنه صار متوطنا بوطنه الأصلي، ولا نفقة للمضارب ما دام في مصره ووطنه، فإذا خرج من البصرة فله النفقة حتى يأتي الكوفة وما دام مقيما بالكوفة؛ لأن وطنه بالكوفة، وإن كان وطن سكنى ووطن السكنى ينتقض بالخروج للسفر فخرجت الكوفة من أن تكون وطنا له فصار احتباسه واقعا لأجل المال، والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الدارة الراتبة وهو الطعام والشراب والكسوة وفراش ينام عليه والركوب وعلف دابته وأجر من يطبخ له ويغسل ثيابه ويعمل ما لا بد له منه وأجرة الحمام؛ لأن نفقة الاحتباس تتقيد بما لا بد له منه وهذه الأشياء مما يحتاج إليها الإنسان في عامة أحواله فتكون من النفقة وثمن الدواء والحجامة والفصد وجارية الوطء والخدمة في ماله خاصة؛ لأنه لا يحتاج إليها في عموم الأوقات وإنما يكون بعارض، فإنه قد يمرض وقد لا يمرض والوطء قد يجيء بدون الجارية وللإنسان منه بد والحاجة إلى الخدمة ترتفع باستئجار الأجير للخدمة فكان لا بد من الجارية، وما يكون من العوارض لا يدخل تحت النفقة، ألا ترى أنه لا يجب على الزوج ثمن دواء امرأته وأجر حجامتها.

وأما الدّهن ذكر محمد في (الأصل): أنه في مال المضاربة؛ لأنه يستعمل غالبا في عموم الأوقات فصار كالذي لا بد منه.

وذكر الكرخي في (مختصره): أنه في ماله؛ لأن هذا ليس من المؤن الأصلية ويستحق نفقة مثله بالمعروف؛ لأنها وجبت لأجل كفايته كما في نفقة الأقارب

والزوجات فإن تجاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإطلاق كان باعتبار العادة، والمتعارف بين التجار وكذلك نفقة غلمانه ودوابه يعملون معه في المال في مال المضاربة؛ لأن عمل مملوكه بمنزلة عمل المضارب بنفسه، ألا ترى أن عمل غلام الأجير المشترك والأجير الخاص كعمل الأجير فكذا هذا.

ولو أعانه رب المال بغلمانه أو دوابه في السفر لا يفسد المضاربة ونفقة غلمانه ودوابه عليه دون مال المضاربة؛ لأن عمل عبيد رب المال ودوابه كعمله بنفسه.

ولو عمل بنفسه على سبيل الإعانة للمضارب المستحق لم يستحق النفقة لعمله في مال المضاربة فكذا هذا؛ لأن عملهم لم يدخل تحت المضاربة فيكون تبرعًا بالعمل، فإن أنفق المضارب عليهم بغير إذن رب المال ضمن من ماله؛ لأن في الإنفاق عليهم تسليطهم إياه على الإتلاف فيكون مسببًا إلى الإتلاف فيضمن كالمودع إذا أنفق على عيال رب المال بغير إذنه يضمن.

ولو ردّ عليهم لا يضمن وكذا هذا لو ردّ شيئًا من مال المضاربة على عبيد رب المال لا يضمن، وإذا أنفق عليهم يضمن؛ لأن في الرد عليهم ضرورة؛ لأنه قد لا يتهيأ الردّ على صاحب الأمانة ولا ضرورة في الإنفاق وأنه يسبب إلى الإتلاف فيضمن.

ولو استبضع رجلًا لا يستحق ذلك الرجل النفقة لأن المستبضع معين ونفقة المعين في ماله لا على المستعين؛ لأنه متبرع بالعمل وتحسب النفقة من الربح إن كان، وإن لم يكن فهو من رأس المال؛ لأن النفقة بدل عمل المضاربة وبدل عمله من الربح إلّا أنه كان الإنفاق من رأس المال قبل ظهور الربح ليصير ما أنفق من رأس المال دينًا عليه للمضاربة متى ظهر الربح، فإذا ظهر الربح وجب استيفاء ذلك من الربح.

ولو أنفق من مال يفسد أو استدان على المضاربة لا يرجع على رب المال بها؛ لأن التدبير في الإنفاق إليه، فإذا أنفق من مال آخر ليرجع في المال جاز كالوصي إذا أنفق على الصغير من مال نفسه، فإذا هلك المال فقد فات محل النفقة؛ لأن النفقة وجبت في مال المضاربة ففاتت النفقة، وتبدأ أولا برأس المال ثم بالنفقة ثم

بالربح؛ لأن النفقة بدل عمل المضارب وبدل عمله من الربح فكما وجب تقديم رأس المال على الربح فكذلك على النفقة، وإن أنفق من مال المضاربة شيئًا عن نفسه قبل أن يشتري به، فإنه يستوفي رب المال رأس ماله بكماله؛ لأن النفقة محلها الربح إلا أنه ينفق من رأس المال قبل ظهور الربح ليصير ذلك دينًا عليه للمضاربة متى ظهر الربح فإذا ظهر الربح وجب استيفاؤه منه وإذا لم يظهر يبقى دينًا عليه للمضاربة كما لو أنفق من رأس المال ثم هلك المال.

ولو اشترى شيئًا للمضاربة أو استأجر دابة ليحمل عليها متاع المضاربة فضاع المال قبل أن ينقد ذلك منه يرجع بذلك على رب المال.

ولو اشترى طعامه وكسوته ودهنه، أو استأجر ما يركب عليه فضاع المال لا يرجع بذلك على رب المال. والفرق أن المضارب فيما يشتري لنفقته ويستأجر لركوبه أصيل وليس بوكيل رب المال؛ لأنه عامل لنفسه؛ لأن منفعة ذلك راجعة إلى المضارب خاصة فوجب ثمنه في ذمة المضارب لا في ذمة رب المال إلا أن رب المال أذن له بقضائه من مال المضاربة على سبيل التبرع، فإذا هلك لم يرجع، فأمّا المضارب وكيل فيما اشترى ويستأجر للمضاربة؛ لأن منفعة ذلك حاصلة للمضاربة لا للمضارب خاصة، والوكيل بالشراء والاستئجار يرجع بالثمن والأجرة على الموكل باع المضارب بالنسيئة أو أدان دينًا فأبى التقاضي إن كان فيه فضل أجبر على التقاضي وإلا فلا ويجبر على أن يحيل رب المال؛ لأن المضارب عند حصول الربح بمعنى الأجير؛ لأنه يستحق عوضًا بعمله وهو الربح فيجبر على إتمام عمله وإتمامه في تقاضيه وعند عمله وكيل محض، والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على تسليم ما تبرع به لكنه يجبر على أن يحيل رب المال أي يوكله بقبضه؛ لأن الحوالة مستعملة في موضع الوكالة لما في الوكالة من معنى النقل وإنما أمرناه بالتوكيل لأن العهدة على العاقد والآمر ليس بعاقد فلا بد من التوكيل لتصح مطالبة رب المال، وكذلك هذا في الوكيل بالبيع إذا أبى التقاضي فأما الذي يبيع بالأجر كالبياع والسمسار فلا بد من أن يجبر على الاستيفاء ويجعل بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة وإن كان فيه فضل وهو في مصره فأنفق في تقاضيه وخصومته وطعامه

وركوبه لم يرجع في مال المضاربة؛ لأنه لا يستحق النفقة أبدًا في مصره فكذلك في تقاضي الدين.

ولو كان في مصر آخر فأنفق في سفره يرجع؛ لأنه لو سافر للعمل في المضاربة كانت نفقته في مال المضاربة وكذلك إذا سافر ليقاضي دين المضاربة إلا أن يزيد النفقة على الدين فلا يرجع بالزيادة لأنه مأذون بالإنفاق على نفسه من مال المضاربة، فإذا فني المال لم يكن له الرجوع على رب المال؛ لأنه مأذون بشرط أن تكون النفقة في هذا المال كالزوج إذا أعطى امرأته مالًا لتنفقه على نفسها فأنفقت ذلك المال وزيادة لا ترجع على الزوج بالزيادة.

مضارب عام ضارب مع غيره فنفقة الثاني في مال المضاربة؛ لأن المضاربة الثانية وقعت بإذن رب المال لما كانت المضاربة عامّة فكان عمل الثاني بإذن رب المال فيستحق النفقة، وفي المضاربة الفاسدة ما أنفق حسب من أجر عمله دون النفقة؛ لأنه لا نفقة للأجير. مرّ المضارب على السلطان فدفع إليه شيئًا ليكف عنه يضمن لأنه غير مأذون فيه؛ لأنه ليس بتجارة ولا من صنيع التجار، وإذا أخذه كرها لا ضمان عليه كما إذا غصب منه البعض وصار كالمودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبي ضمن، وإن أخذ منه كرها لا يضمن وكذلك لو أراد العاشر أن يأخذ منه العشور فصانعه المضارب بشيء من المال حتى كف عنه يضمن لأنه مخير في هذه المصانعة فصار كما لو وهب هذا القدر من غيره.

وروي عن أبي يوسف: لو طمع السلطان في مال اليتيم فصانع الوصي بشيء من مال اليتيم على أقل مما طمع لا يضمن إذا كان أمرًا ظاهرًا.

وبه كان يقول محمد بن سلمة: أنه يجوز للمضارب والمستبضع أن يصانع السلطان ببعض المال إذا طمع فيه فتكون رواية أبي يوسف في الوصي رواية في المضارب فيجوز ذلك من المضارب، ولا يضمن عنده ولا خلاف بينهم في الحقيقة بل يضمن المضارب بالإجماع ولا يضمن الوصي؛ لأنه وضع مسألة المضارب في العاشر والسلطان، ودفع هذا الظلم ممكن من غير دفع المال بالمرافعة إلى الخليفة؛ لأن له قوة الدفع ووضع مسألة الوصي فيما إذا كان هذا الطمع من الخليفة أو من

غيره ولم يكن للخليفة قوة الدفع فلا يمكن الوصي دفع الظلم إلا بإعطاء بعض المال فلا يضمن بإعطائه؛ لأنه مأمور بحفظ ماله ما أمكنه وقد أمكنه حفظ البعض بهذا الطريق فيصير مأذونًا به دلالة كالمودع إذا وقع في بيته حريق غالب فدفع الوديعة إلى الأجنبي لم يضمن فكذا هذا. خرج المضارب بألف المضاربة وعشرة آلاف من مال نفسه فنفقته على أحد عشر جزءًا واحد على المضاربة وعشرة على مال نفسه وكذلك إن خلطه؛ لأنه خرج من وطنه لأجل المالين وسلم نفسه للعمل في المالين فكانت نفقته على قدر المالين، وكذلك لو سافر بمالين لرجلين مضاربة فنفقته على قدر ماليهما، وإن كان أحد المالين بضاعة فنفقته في مال المضاربة؛ لأنه متبرع بالعمل في البضاعة فلا يعتبر السفر واقعًا له إلا أن يتبرع للعمل في البضاعة فينفق في مال نفسه دون البضاعة إلا أن يكون صاحبها أذن له؛ لأنه تبرع بالعمل في البضاعة وترك العمل في المضاربة.

مات ربّ المال فسافر المضارب بمال المضاربة يضمن علم بموته أو لا؛ لأنه انعزل حكمًا بالموت ولا يعتبر فيه العمل كما في الوكيل، وإن سافر قبل موته لا ضمان في نفقته من مال المضاربة؛ لأن سفره حصل في حال هو مأذون فيه فاستحق النفقة وما استوجب النفقة بسفره لا يبطل بالنهي والسفر.

مات رب المال أو نهاه عن المضاربة والمضارب من مصر آخر فسافر بالمال من مصر فلا يخلو إما أن سافر به إلى مصر غير مصر رب المال أو إلى مصر رب المال ولا يخلو إما أن كان المال عروضا أو ناضًا، فإن كان المال عروضا فخرج بها إلى غير مصر رب المال يضمن؛ لأنه لو نهاه عن السفر يصح نهيه؛ لأن في النهي عن السفر منفعة لرب المال؛ لأن المصر موضع قرار وأمن عن الخطر وليس فيه ضرر بالمضارب؛ لأنه يمكنه إنهاء الربح بالبيع والشراء في البلد فصح النهي بخلاف ما لو نهاه عن البيع لا يصح؛ لأن المضارب استحق إنهاء الربح بالبيع، ورب المال يريد إبطال حقه بالنهي فلا يصح، ومتى صح نهيه في مصر فكذلك إذا مات؛ لأن الأمر ينقطع بالموت كما يبطل بالنهي.

ولو كان المضارب في الطريق فنهاه رب المال برسول عن السفر أو مات فله أن

يتوجه إلى أي مصر أحب؛ لأن النهي عن السفر في هذه الحالة نهي عن البيع والشراء؛ لأنه لا يمكنه البيع والشراء في الطريق ولأنه ليس بموضع لبث وقرار فلم يصح نهيه عن السفر فله أن يذهب إلى أي مصر شاء ليبيع فيحصل رأس المال فكان نفقته في مال المضاربة، وأما إذا كان مال المضاربة ناضًا وهو في مصر أو في الطريق فخرج إلى غير مصر رب المال يضمن؛ لأنه لو نهاه عن التصرف والمال ناض يصح نهيه فكذا يصح نهيه عن السفر؛ لأن السَّفر تصرف في المضاربة، فأما إذا سافر إلى مصر رب المال والمال عروض لا يضمن استحسانًا ونفقته على المضارب ويضمن قياسًا؛ لأنه انقطع الإذن بالنهي والموت، وجه الاستحسان أنه أنشأ السفر ليسعى في إيصال رأس المال إلى رب المال فيعتبر إنشاء السفر لرد رأس المال بعد نهي رب المال، ولو باع العروض بعد النهي ليرد رأس المال على صاحبه لم يضمن فكذا هذا بخلاف ما لو خرج إلى مصر آخر يضمن؛ لأنه إنشاء السفر لا لرد رأس المال فصار كما لو أنشأ تصرفًا لرد رأس المال ومتى كان له حق الرد بقي مضاربا، ألا ترى أنه إذا انتهى إلى مصر رب المال كان له بيع العروض، والمضارب يستحق النفقة في مال المضاربة، وإن كان مال المضاربة ناضًا فخرج إلى مصر رب المال فهلك في يده لا يضمن إلا أنه لا نفقة له؛ لأن المضاربة قد انتقضت بالموت والنهي متى كان مال المضاربة ناضًا وصار المال وديعة في يده والمودع لا يضمن بهلاك الأمانة في يده ولا يستحق النفقة في مال الوديعة.

(باب الاستدانة على المضاربة)

أصله: أن الاستدانة لا تنفد على المضاربة، وإن صرح الأمر بالاستدانة كان شركة وجوه لما مرّ، وإذا اشترى المضارب سلعة بأكثر من مال المضاربة كانت الزيادة للمضارب والمال دين عليه وله ربحه وعليه وضيعته؛ لأن الاستدانة نفدت عليه خاصّة وباختلاط ماله بمال المضاربة لا يصير مخالفًا؛ لأن الاختلاط حصل حكمًا لشرائه بالمالين لا بفعله وقصده فلا يعد خلافًا، ألا ترى أنه لو اشترى نصف عبد ثم باعه مع البائع صار الثمن مختلطا.

ولو اشترى بألف المضاربة سلعة بألف لم يملك أن يشتري بعد ذلك على

المضاربة شيئًا؛ لأنه لم يبق رأس مال المضاربة فعجز عن الشراء للمضاربة.

ولو كان رأس المال دراهم فاشترى بغير الأثمان كالمكيل والموزون ونحوه كان مشتريا لنفسه؛ لأنه اشترى بغير مال المضاربة فكان هذا استدانة على المضاربة فلا تنفد على المضاربة.

ولو كان رأس المال دراهم فاشترى بالدنانير أو دنانير فاشترى بالدراهم نفد على المضاربة استحسانًا لأنهما جعلا كجبس واحد في حق الثمنية وفي حق المضاربة، ألا ترى أنه يجوز انعقاد المضاربة عليهما وكذا إذا كان مال المضاربة دنانير وكان رأس المال دراهم فنهاه عن التصرف صح نهيه وكان الشراء على المضاربة بالدنانير والشراء بالدراهم سواء، وكذلك لو كان رأس المال دراهم بختية فاشترى المضارب بألف غلة البلد وصرف لها بدراهم غلة البلد وأعطى البائع جاز؛ لأن غلة البلد من جنس البختية. اشترى بحنطة نسيئة وفي يده حنطة جاز؛ لأنه اشترى بما هو من جنس رأس المال حقيقة. اشترى بألف على المضاربة عبدًا نسيئة ولم ينقد الثمن حتى اشترى بالألف التي عنده جارية لزمه خاصة؛ لأنه لو صار مشتريا للمضاربة لصار مستدينًا على المضاربة بغير إذن رب المال؛ لأن مال المضاربة صار مستحق الصرف إلى دين المضاربة والمستحق بالدين كالزائل عن يد المديون حكمًا، ولهذا لا تحرم الصّدقة فقد اشترى للمضاربة بعدما فني مال المضاربة فيصير مشتريا لنفسه حتى لا يصير مستدينًا على المضاربة.

ولو اشترى أولًا عبدًا بخمسمائة لم يملك أن يشتري بعد ذلك إلا بقدر خمسمائة، وكذلك كل دين يلحق المال؛ لأن قدر المستحق يخرج من المضاربة، وكذلك لو كان في يده جارية أو عرض فاشترى شيئًا للمضاربة ليبيع العروض ويؤدي ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالًا أم مؤجلًا؛ لأنه مستدين والاستدانة على المضاربة لا تجوز لأنه يحتاج أن يرجع بما استأذن على رب المال ولم يرض به وهنا متى جاز شراؤه على المضاربة ربّما يحتاج إلى أن يرجع على رب المال بثمن المبيع؛ لأنّه ربّما يهلك ما في يده من العروض أو يكسد وتتراجع قيمته. وتوهم الرجوع على رب المال ما لم يرض به يمنع جواز الشراء على المضاربة كحقيقة الرجوع.

ولو باع ما في يده قبل مجيء الأجل لم ينتفع بذلك؛ لأن الشراء حين انعقد وقع له فلا ينقلب للمضاربة.

(النوادر): وإذا حصل في يد المضارب صنوف من المكيل والموزون والمعدود لم يملك أن يشتري متاعا بثمن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره نحو أن يشتري كر حنطة وفي يده أجود ممّا اشترى به أو أدون لم يكن للمضاربة؛ لأن اختلاف الوصف هنا معتبر كاختلاف الجنس بخلاف ما لو اشترى بالدراهم البيض ورأس المال سود أو على عكسه أو بالصحاح ورأس المال مكسر جاز؛ لأن اختلاف الوصف في الأيمان غير معتبر؛ لأن اختلاف الجنس ثمنه غير معتبر كالدراهم مع الدنانير فاختلاف الوصف أولى.

(فصل)

دفع ألفًا مضاربة بالنصف وأمره أن يستدين على المضاربة، فإن الدين يلزمهما نصفين والمشترى به بينهما نصفان ففي حقّ ما دفع مضاربة، وفي حق الدين شركة وجوه؛ لأنه جمع بين المضاربة وشركة الوجوه.

أما المضاربة فمصرحة، وأما الشركة فثابتة دلالة الأمر بالاستدانة؛ لأن المراد من الأمر بالاستدانة الأمر بشري شيء نسيئة لا الأمر بالاستقراض؛ لأن الأمر بالاستقراض لا يصح؛ لأن التوكيل في الاستقراض باطل والتوكيل بشري شيء نسيئة جائز فحملنا هذا على الأمر بشراء شيء نسيئة حملًا لكلام العاقل على الصحة، ولفظة الاستدانة تطلق على شراء الشيء نسيئة دل عليه قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والمراد به: السلم، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما، وإنما أثبتنا الشركة بينهما في المشترى؛ لأن الاستدانة معطوفة على المضاربة وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه، والمضاربة عقد شركة فيكون المعطوف أمرًا بالشركة أيضًا ورأس المال دين فلم تكن الشركة فيه إلا شركة الوجوه، وهذا العطف معتبر لإثبات الشركة غير معتبر في حق مقدار الربح حتى كان الربح في شركة الوجوه بينهما نصفين سواء كان الربح المشروط في

المضاربة نصفين أو أثلاثا؛ لأن من حكم شركة الوجوه أن يكون الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى، وقوله استدن على المال وقوله استدن عليّ سواء؛ لأن مال المضاربة لرب المال فتكون الاستدانة على مال المضاربة استدانة على رب المال.

ولو قال: استدن على نفسك كان الدين للمضارب خاصة والمشترى به يكون له خاصّة؛ لأنه أمره بالاستدانة على نفسه خاصّة أمره بالاستدانة على المال فاشترى بالمال متاعًا، واستكرى دوابًا يحمله عليها بمائة درهم كانت المائة شركة إن باع المتاع مرابحة قسم الثمن على أحد عشر جزءًا عشرة مضاربة وجزء شركة يكون بينهما بعد إذا الكراء منه؛ لأنه اشترى الثياب واستأجر الدّواب للمضاربة فصار مشتريا على الشركة وأجرة الحمولة معتبرة في المرابحة.

ولو باع مساومة بألفين كان كله مضاربة؛ لأن الثمن كله في المساومة ماثلًا في المبيع وهو الثياب والثمن والكري ليس بمبيع؛ لأنه لم يتصل بسببه عين مال بالمبيع فلا يكون له حصة في الثمن وضمن أجر الدواب مائة نصفين؛ لأن المضارب استدانه على رب المال ونفسه وعلى المضارب أداؤه؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد.

ولو استقرض مائة درهم فاكترى بها الدواب باع المتاع مرابحة على ألف ومائة عند أبي حنيفة رحمه الله فيقسم على أحد عشر جزءًا عشرة مضاربة وسهم للمضارب خاصة وعندهما يبيع على الألف وهو متطوع في الكل إلا أنه غير مأذون في الكرا من الفرض، ألا ترى لو اشترى بالمائة الفرض عينًا صار مشتريا لنفسه فكذا إذا استأجر بالفرض فحصل حمل الثياب بغير إذن رب المال فصار متطوعا له، أن للمضارب في الثياب حق يضاهي الملك، ألا ترى أنه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقام الثياب عليه بألف ومائة فيبيع مرابحة على الكل. دفع ألفا مضاربة بالثلث وأمره أن يستدين على المال فاشترى بألف المضاربة وبثلاثة آلاف جارية تساوي خمسة آلاف وباعها بعد القبض بخمسة آلاف وقبض الثمن ثم هلك الألف الأولى والجارية وثمنها في يده يضمن تسعة آلاف

يؤدي أربعة آلاف ثمن الجارية إلى بائعها؛ لأنه اشتراها منه بأربعة آلاف ولم يؤد ثمنها وخمسة آلاف إلى مشتريها؛ لأنه قبض منه الثمن ولم يسلم الجارية حتى هلكت وانفسخ البيع ويجب رد ما قبض من الثمن ويرجع على رب المال بخمسة آلاف قد باع ربع المضاربة بألف ومائتين وخمسين ألفًا منها رأس المال فكان ضمانها إذا هلكت على رب المال بقي من ثمن الربع مائتان وخمسون فهو ربح بينهما أثلاثا فضمان ثلثي الربح على رب المال وستة وستون وثلثي وضمان ثلث الربح على المضارب وهو ثلاثة وثمانون وثلث بقي من الثمن ثلاثة آلاف وتسعمائة وخمسون وهو ثمن ثلاثة أرباع الجارية المشتراة بالدين فكان ضمانها عليهما نصفان؛ لأن الثمن كان لهما، فإن هلكت الجارية المضاربة أولا ضمن المضارب خاصة ثلاثة آلاف وثلاثمائة وخمسة وسبعين ويرجع بالباقي على رب المال ولا رب للمضارب؛ لأن المضارب ربح خمسة آلاف، فإذا انتفى ملكه عن حصّته من الربح عاد ضمانه إلى رب المال وهو ثلاثة وثمانون وثلث.

(المنتقى): لو كانت المضاربة ألف درهم سود فاشترى بألف بيض وصح متاعا ينوي على المضاربة جاز.

ولو كانت المضاربة ألف درهم فاشترى شيئًا للمضاربة بمائة دينار وقيمة الدنانير أكثر جاز عليها بحصتها ولزم الفضل المضارب وكان شريكًا في المضاربة.

ولو اشترى بمائة دينار وقيمتها ألف ثم غلت الدنانير قبل أن ينقد حتى صارت تساوي ألفين فهذه وضيعة دخلت على المال فيشتري بالألف ذهبًا فينقده ثم يبيع المتاع فينقد بقية الذهب ورأس المال ألف درهم وخمسين واثنين. اشترى بألف المضاربة متاعًا فقبض ولم ينقد حتى نقد عنه رجل متطوع فالمتاع والألف التي عنده على المضاربة جميعًا؛ لأن الذي تطوع بالقضاء فإنما تطوع عن المضاربة فيقع عن المضاربة.

ولو كانت بضاعة كانت تطوعا عن الوكيل المشتري دون الآمر.

ولو اكترى سفينة بمائة درهم ولم يشتر بألف المضاربة شيئًا فلم يدفع الكراء

حتى اشترى بالمال كله طعاما فحمله في السفينة فهو متطوع بالكراء ولا يبيعه مرابحة على الكراء؛ لأنه يصير مستدينًا على المضاربة.

ولو كان اشترى بتسعمائة متاعا وبقيت مائة فأداها في الكراء لم يكن متطوعا وباعه مرابحة على الكراءِ؛ لأنه لم يصر مستدينا، وكذلك لو نقد المائة ثم اشترى بتسعمائة.

ولو كان نقد المائة ثم اشترى بالألف طعاما وقد أمره رب المال أن يعمل برأيه، فإن يبيعه مرابحة على ألف ومائة مائة منها للمضارب والألف على المضاربة.

ولو اشترى بألف المضاربة متاعًا وقبضه ولم ينقد الألف ثم باع المتاع بألفين وقبض الألفين ولم يدفع المتاع لم يكن له أن يشتري على المضاربة بشيء من ذلك؛ لأنه استدان على المضاربة، فإن دفع المتاع اشترى بألفين على المضاربة؛ لأنه قد برئ من الدين حين دفع المتاع.

ولو اشترى بألفين فقبض المتاع ولم يدفع الألفين ثم هلكت الثلاثة آلاف جميعًا وهلك المتاع رجع على رب المال بألفين وخمسمائة ويكون على المضارب خمسمائة؛ لأن رأس مال الأول على ربّ المال والشراء الثاني ألف درهم منه على رب المال؛ لأنه رأس مال والألف الثانية ربح فيكون عليهما.

ولو كان الشراء بألفين متفرقان مائة مائة كانت ثمن ما اشترى بينه وبين ألف على رب المال، وإن زاد بالمال ثم أخذ المتاع فباعه بعشرة آلاف للمضارب سدس ذلك حصة ما نقد الثلاثة آلاف ويكون خمسة أسداس على المضاربة يستوفي رب المال منها رأس ماله ثلاثة آلاف وخمسمائة والله أعلم بالصواب.

(باب الاستدانة على إصلاح مال المضاربة)

ولو اشترى ثيابًا بجميع مال المضاربة ثم استأجر على حملها أو قصارتها أو فتلها أو فعل ذلك من ماله فهو متطوع؛ لأنه يصير مستدينًا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولا ضمان عليه قال له: اعمل برأيك أو لم يقل؛ لأنه لم ينقد بالثياب عين مال قائم ليصير خالطا ماله بمال رب المال فيضمن بالاشتراك، وإنما المتصل

بالثوب ألزمه العمل، وأنه لا يتقوم من غير عقد ولا شبهة عقد، وكذلك إذا صنعها سودا من ماله فنقضها فلا ضمان عليه، وإن لم يقل له اعمل فيه برأيك؛ لأنه لم يخلط ماله بمال رب المال؛ لأنه نقصان ولا يضمن بسبب هذا النقصان؛ لأن النقصان إنما حصل من حيث القيمة بسبب قلة رغبة الناس في لبس السّواد ونقصان القيمة بسبب قلة رغبة الناس لا غيره بها كما لو تراجع السعر، ولهذا لا يضمن الغاصب إذا صبغه أسود ولم يكن له فيه حق فالمضارب أولى وله فيه حق ظاهر الملك وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن؛ لأن للسواد عندهما قيمة.

ولو صبغها من ماله بصبغ يزيد فيها ولم يقل له: اعمل فيها برأيك فهو ضامن الثياب؛ لأنه خلط ماله بمال المضاربة بغير إذن رب المال وإن كان الصبغ غير مال قائم في الثوب فصار غاصبا ورب المال بالخيار إن شاء أخذ الثياب وأعطاه زيادة الصبغ، وإن شاء ضمنه قيمة ثياب بيض كما في الغصب إن لم يكن فضل على رأس المال، فإن باعها قبل أن يختار مساومة أو مرابحة جاز وبرئ عن الضمان؛ لأن بمال المضاربة عروض لا يصح فسخ العقد عليها وبقي مأمورا بالبيع؛ لأن كونه ضامنًا لا يمنع ابتداء الأمر كالمغصوب منه إذا أمر الغاصب بالبيع صح وبقي ضامنًا ما لم يبع، وإذا كان كونه ضامنًا لا يمنع ابتداء الأمر فلأن لا يمنع البقاء أولى، ويقسم الثمن في المساومة على قيمة الثياب غير المصبوغة وعلى ما زاد الصبغ فيها فيكون حصة الصبغ للمضارب وحصة الثياب على المضاربة يستوفي منه رب المال رأس ماله والباقي ربح، وفي المرابحة يقسم الثمن على ما اشترى به المضارب الثياب على قيمة الصبغ يوم صبغ لما عرف أن الثمن في المساومة يلاقي الملك لا الثمن الأول فيقسم على قدر ملكها في العين وفي المرابحة يلاقي الثمن الأول وما قام عليه السلعة فيقسم الثمن على قدر رأس المال والأجرة وهذا إذا لم يكن فيه فضل على رأس المال، فإن كان فيه فضل بأن اشترى الثياب بألف وهي تساوي ألفين حين اشتراها إن شاء ضمنه أرباع قيمته أبيض، وإن شاء أخذ ثلاثة أرباع وأعطاه ما زاد الصبغ في ثلثه أرباع؛ لأن الربع ملك المضارب فقد صبغ بذا القدر يملك نفسه فلا يضمنه بقدر حصته. باعها مصبوغة وهلك الثمن في يده لا يضمن شيئًا؛ لأنه باعها بأمر المالك فإن الثمن أمانة في يده كالغاصب باع المغصوب بأمر المالك.

(فصل)

وإذا اشترى بألف المضاربة وبألف من عنده عبدًا فأنفق عليه فهو متطوع؛ لأنه يكون ذلك استدانة على رب المال؛ لأنه لم يبق في يده شيء من رأس المال وهو لا يملك ذلك، فإن رفع الأمر إلى القاضي أمره بالنفقة ويكون ذلك قسمة؛ لأن للقاضي ولاية حفظ مال الغائب فيأمره بالإنفاق ويكون أمره بالإنفاق على حصّة الغائب إقرارًا لنصيب الغائب وهذه قسمة.

(المنتقى): ولو اشترى بألف المضاربة جارية تساوي ألفين فعندهما النفقة عليهما على قدر حصتهما أرباعا، وعند محمد النفقة على رب المال.

لمحمد: أن نصيب المضارب لم يظهر ولم يتعين له ملك لاحتمال أنه يتراجع السعر ولا شيء له فبقي على حكم ملك رب المال فتكون نفقته عليه، ألا ترى أنه لو بقي في يده شيء من رأس المال فالنفقة محسوبة من رأس المال.

لهما: أن نصيب المضارب من العبد صار مملوكا بدليل أنه لو أعتقه ينفذ عتقه فلا يجوز أن يلزم رب المال النفقة على ملك غيره، وإذا قضي على كل واحد ينقصه نصيبه يعين الربح وكان ولذلك على هذا الخلاف إذا أبقيت الجارية وردت فالجعل كالنفقة.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله يخرج العبد من المضاربة ويجبر كل واحد منهما على أن يعطي حصّته من الجعل؛ لأنه لما وجب الجعل بقدر الحصة فقد تعين حق كل واحد منهما ولم يتعين حق المضارب في الربح إلا بعد تعيين رأس المال فكان هذا قسمة.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يحسب بالجعل في بيع المرابحة ويحسب به فيما بين المضارب وبين رب المال فإن كان هناك ربح فالجعل فيه وإلا فهو وضيعة من رأس المال، فإن هناك بيع المرابحة المتعين عادة التجار في الإلحاق ولم تجر العادة في إلحاق الجعل برأس المال فأما فيما بين المضارب ورب المال يعتبر من رأس المال لأنه غرم لزمه لأجل المال.

(باب المرابحة في المضاربة)

الأصل في بيع المرابحة أن المذكور أولا رأس المال والمذكور آخرًا ربح؛ لأن الربح في المرابحة ينبني على الثمن. لو قال: أبيعك هذا بربح الدرهم درهم يكون الثمن عشرين إذا اشتراه بعشرة؛ لأنه استربح لكل درهم من رأس المال درهما، فإذا كان رأس المال عشرة فصار كأنه قال بعتك بربح عشرة عشرة.

ولو قال يربح الدرهم درهمين يكون الثمن ثلاثين؛ لأنه استربح على كل درهم من رأس المال درهمين شرط مثلي رأس المال فكان الربح عشرين ورأس المال عشرة فصار كأنه قال بعتك بعشرة على ربح عشرين.

ولو قال بربح العشرة خمسة كان الثمن خمسة عشر؛ لأنه المذكور أولا وهي العشرة رأس المال والمذكور آخرًا وهي الخمسة ربح فقد استربح على العشرة خمسة، وكذلك لو قال يربح الدرهم نصف درهم؛ لأن المذكور أولا وهو الدرهم رأس المال والمذكور آخرًا وهو نصف درهم ربح فقد استربح على كل درهم نصف درهم، فإذا كان جميع رأس المال عشرة كان جميع الربح خمسة.

ولو قال بربح العشرة خمسة عشر يكون الثمن خمسًا وعشرين قياسًا؛ لأن المذكور آخرًا الربح فقد سمي الربح خمسة عشر فيجب أن يكون الربح خمسة عشر، كما لو قال تربح العشرة خمسة عشر، أو قال عشرة وخمسة، وفي الاستحسان يكون خمسة عشر؛ لأن الناس يريدون بهذا اللفظ في العرف أن يكون الربح على رأس المال خمسة ويكون الربح مع الثمن خمسة عشر ويذكرون العشرة مرّة أخرى مع الربح تكرارًا للعشرة التي هي رأس المال، ألا ترى أنه لو قال: أبيعك هذا بربح ده يازده، يريد به أن يكون الربح على العشرة درهما لا أن يكون الربح على رأس المال أحد عشر، وحقيقة الكلام ينزل بالعرف، وكذلك لو قال بربح العشرة أحد عشر ونصف كان الربح درهم ونصف.

ولو قال بربح العشرة عشرة وخمسة أو خمسة وعشرة كان الثمن خمسة وعشرين؛ لأنه لا عرف في هذا أنهم يريدون بذكر العشرة مرّة أخرى تكرار رأس

المال وحقيقة الكلام أن يكون المذكور إجراء كلمة ربح؛ لأنه جعل العشرة ربحًا ثم عطف الخمسة عليها فصار زيادة على الربح المذكور أولا فكان هذا في العرف والحقيقة عبارة عن كون الربح خمسة عشر سواء الثمن.

ولو قال بوضيعة الدرهم درهم فالثمن خمسة نصف ما اشتراه؛ لأنّه لو باعه بربح درهم درهم كان الربح نصف الجملة فكذلك في الوضيعة يكون المطروح نصف رأس المال؛ لأنه كان طارحًا من كل درهما درهما وطرح الكل غير ممكن؛ لأنه يبقى البيع بلا ثمن فلا يصح البيع ومتى تقدر العمل بحقيقة هذا الكلام في طرح الكل عملنا بحقيقته في طرح البعض وذلك أن يكون المطروح مثل نصف رأس المال عملًا بما يقتضيه حقيقة اللفظ بقدر الإمكان.

ولو قال بوضيعة الدرهم درهمين كان الثمن ثلاثة وثلثًا؛ لأنه لو باعه بربح درهم كان الربح مثلي رأس المال عشرين، فإذا باعه بوضيعة درهم درهمين كانت الوضيعة ثلثي الثمن ليكون مثلهما ثلثي العشرة ستة وثلثين فيطرح ذلك ويبقى ثلثه وثلث وقس عليه أمثاله وقال بوضيعة الدرهم نصف درهم كان الثمن ستة وثلثي ونحوه.

ولو كان رأس المال ألف نيسابورية فاشترى به عبدًا ثم باعه بألف من وزنه، وقال: اشتريته بألف نيسابورية وأبيعك مرابحة مائة فعلى المشتري ألف نيسابورية ومائة من وزنه؛ لأنه أطلق الربح ولم يذكره مضافًا إلى رأس المال ليصير شارطا الربح من صفة رأس المال مقتضى الإضافة ومطلق ذكر اسم الثمن ينصرف إلى النقد المتعارف في البلد كما لو أطلق وذكر الثمن.

ولو قال: تربح العشرة أحد عشر كان الثمن والربح، نيسابورية؛ لأنه ثبت في إضافة إلى رأس المال؛ لأنه شرط الربح مثل عشر الثمن ليكون الثمن والربح أحد عشر وإنما يكون الربح مثل عشر الثمن إذا كان من جنس الثمن فيكون الربح نصفه رأس المال حتى لا يلغو الإضافة، ولو قال بعتكه بوضيعة مائة كانت الوضيعة، نيسابورية؛ لأن الوضيعة حط بعض الثمن وحط الثمن يتحقق من الثمن لا من غيره بخلاف الربح؛ لأنه زيادة على الثمن والزيادة على الثمن كما تتحقق من جنسه تتحقق من خلاف جنسه.

(باب المرابحة بين رب المال والمضارب)

أصله: أن المضارب إنما يبيع المشتري مرابحة على الثمن الذي استتم زواله عن ملك رب المال وعن المضارب، فأمَّا مَا هو زائل من وجه دون وجه فلا يعتبر زائلا في المرابحة احتياطًا، والمرابحة مبنية على الأمانة منفية عن العدد والخيانة كالمكاتب إذا اشترى شيئًا بألف ثم باعه من المولى بألفين فإنه يبيعه مرابحة على ألف؛ لأن الألف الأخرى لم يستتم زواله عن ملك المولى والمكاتب؛ لأنه بقي للمولى فيها حق ملك فلم يعتبر زائلا في بيع المرابحة.

ثم المسائل على قسمين: إما أن كان في البيع الثاني هو المضارب أو ربّ المال.

وكل قسم على أربعة أوجه: إما أن كان في الثمن الثاني أو في المبيع فضل أو لا فضل في كلاهما أو كان في أحدهما فضل في المبيع دون الثمن أو في الثمن فضل دون المبيع.

أما **القسم الأول**: لو اشترى رب المال عبدًا بخمسمائة وباعه من المضارب بألف المضاربة ولا فضل في المبيع والثمن بأن كان قيمة العبد ألف ورأس المال ألف، فإن باعه مساومة باعه كيف شاء، وإن باعه مرابحة باعه على خمسمائة؛ لأن خمسمائة من الثمن لم يستتم زواله باعتبار العقدين؛ لأنه إن زال عن ملك المضارب لم يزل عن ملك رب المال، فإنه كان ملكًا له قبل الشراء من المضارب وإنّما خرج من ملك ربّ المال في ثمن العبد خمسمائة في البيع الأول فيبيعه مرابحة على ما خرج عن ملكه.

ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته ألف وباعه من المضارب بخمسمائة ومال المضاربة ألف، فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة، فأمّا إذا كان في المبيع والثمن فضل على رأس المال بأن اشترى رب المال عبدًا بألف قيمته ألفين ثم باعه من المضارب بألفين بعدما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفا، فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأن ألفًا خرجت عن ملك رب المال بالبيع الأول فلا بد من اعتبارها وخمسمائة من الألف الربح بحصّة رب المال لم يزل عن ملكه؛

لأنها كانت ملكًا له قبل الشراء من المضارب فيجب طرحها بقي خمسمائة أخرى حصة المضارب من الربح لا بد من اعتبارها؛ لأنه يخرج من ملك المضارب إلى رب المال رقبة ويصرفان فيستتم زواله عن ملكه ويملك بإزائه ربع العبد رقبة ويصرفان فيجب اعتبارها فيجب ضم هذه الخمسمائة إلى الألف الخارجة عن ملك رب المال بالبيع الأوّل فصارا ألفا وخمسمائة فيبيعه مرابحة على ذلك، وكذا لو اشترى رب المال عبدًا بخمسمائة قيمته ألفان فباعه من المضارب بألفين، فإنه يبعه مرابحة على ألف؛ لأنه خرج من ملك رب المال من ثمنه خمسمائة واعتبرت في المرابحة وخمسمائة حصة المضارب من الربح خرجت من ملك إلى ملك رب المال وملك المضارب بإزائها ربع العبد فوجب اعتبارها وما زاد عليها وهو ألف ملك رب المال قبل البيع وبعده خمسمائة رأس ماله وخمسمائة ربح لم يخرج عن ملك أحد فلم يعتبر فبقي المعتبر ألف فيبيعه مرابحة على ألف، فأمّا إذا كان في الثمن فضل على رأس المال ولا فضل في المبيع بأن اشترى رب المال عبدًا بألف قيمته ألف باعه من المضارب بألفين، فإنه يبيعه مرابحة على ألف؛ لأن ألفا زال عن ملك رب المال وعن المضارب رقبة وتصرفًا واستتم زواله باعتبار البيعين ولا بد من اعتبارها وخمسمائة من الألف الباقية حصة رب المال لم يستتم زوالها عن ملكه لأنها كانت ملكًا قبل الشراء وبعده رقبة وخمسمائة أخرى حصّة المضارب إن خرجت عن ملكه، إلا أنه لم يملك من زوالها شيئًا من رقبة العبد، فإن جميع العبد مشغول برأس المال فلا فضل فيه، وإنما استفاد بزوالها ملك التصرف وإذا لم يملك المضارب بحصته شيئًا من العبد لا تعتبر حصته من المرابحة، وجعل كأنها كانت كمن اشترى عبدًا وزاد الأجنبي للبائع خمسمائة وسلمها إلى البائع فالمشتري يبيعه مرابحة على ألف ولا يبيع مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأنه لم يملك بتلك الخمسمائة شيئًا من العبد.

ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألفين يبيعه مرابحة على خمسمائة؛ لأن خمسمائة خرجت عن ملك رب المال فلا بد من اعتبارها بقي ألف وخمسمائة وألف كانت ملك رب المال خمسمائة من مال رأس المال وخمسمائة ربح وخمسمائة إن زال عن ملك المضارب إلا أنه لم يستفد بإزائها شيئًا من رقبة

العبد فلا تعتبر، فإما إذا كان في المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفًا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وخمسين؛ لأن ألفًا خرجت عن ملك رب المال باعتبار البيعين فاعتبر نفي ألف فخمسمائة منها حصة رب المال لم يزل عن ملكه فلم يعتبر وخمسمائة حصّة المضارب من الربح فلم يملك بها إلا مائتين وخمسين؛ لأن الربح نصفه في العبد مائتان وخمسون واعتبر ذلك العدد مع الألف.

وأما **القسم الثاني** والوجه الأول منه وهو ما إذا لم يكن فضل في المبيع والثمن بأن اشترى المضارب عبدًا قيمته ألف فباعه من رب المال بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة؛ لأن الخمسمائة التي نقدها المضارب الأجنبي خرجت عن ملك رب المال والمضاربة وخمسمائة أخرى لم يزل عن ملك رب المال رقبة فلم تستتم زوالها عن ملكه فلم تعتبر زائلة، وإن كان فيهما فضل بأن اشترى المضارب عبدًا يساوي ألفين بألف فباعه رب المال بألفين، فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأنه استتم زوال ألف وخمسمائة عن ملك رب المال برئ المضارب ونقدها الأجنبي، ألف من رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الربح؛ لأنه استفاد بإزائها ربحا من رقبة العبد بقيت خمسمائة حصّة رب المال من الربح ملكًا له رقبة وصار كما لو كان المشتري هو المضارب من رب المال، وإن كان الفضل في الثمن دون المبيع بأن اشترى المضارب عبدًا بألف قيمته ألف باعه من رب المال بألفين يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأنه زال عن ملك رب المال ألف وخمسمائة ألف يشري المضارب وخمسمائة بشرائه وهو حصة المضارب من الربح وقد ملك بإزائها عبدًا رقبة وتصرفًا إلا أنه ملك الرقبة يشري المضارب وشراؤه كشرائه بنفسه؛ لأنه وكيله وملك التصرف بشرائه من المضارب، ولو اشتراه المضارب بخمسمائة فباعه من رب المال بألفي درهم باعه رب المال مرابحة بألف وتخريجه على نحو ما مرّ، وإن كان الفضل في المبيع دون الثمن بأن اشترى عبدًا بألف قيمته ألفين ثم باعه بألف من رب المال فإنه يبيعه مرابحة على ألف؛ لأن الزائل عن ملكه هذا القدر كما لو كان المشتري هو المضارب فالحاصل في هذه المسائل أنه متى كان شراء المضارب بأقل الثمنين، فإن كان للمضارب حصّة ضمها إلى أقل الثمنين ومتى اشترى رب المال باعه على أقل الثمنين ويضم إليه حصة المضارب.

ولو ملكه رب المال بغير شراء فباعه من المضارب لا يبيعه مرابحة حتى يتبين أنه اشتراه من رب المال؛ لأن المضارب يبيعه لرب المال ورب المال لم يملك بيعه مرابحة فكذا المضارب، وذلك لأن الثمن إن زال عن المضارب لم يزل عن ملك رب المال فلا يعتبر زائلا احتياطا. اشترى المضارب عبدًا بألف وباعه من رب المال بألفين ثم باعه رب المال من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف ثم اشتراه المضارب من الأجنبي بألفين لم يبعه مرابحة عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يبيعه مرابحة على ألفين وهذا بناء على أنه يطرح الربح الحاصل للمشتري الآخر من الثمن الآخر في العقد المتوسط عنده، وعندهما لا يطرح كما في مسألة جرت في البيوع وهي ما إذا اشترى ثوبًا بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة، فإنه لا يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة، وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة؛ لأن عنده إذا طرح الربح من هذا الثمن لم يبق من ثمنه شيء، وعندهما لا يطرح الربح وفي مسألتنا الربح ألفي درهم خمسمائة ربح المضارب؛ لأنه لما باعه من رب المال فقد ربح ألفا فيكون خمسمائة ربحًا للمضارب وألف وخمسمائة ربح لرب المال؛ لأنه لما باعه من الأجنبي بثلاثة آلاف ربح فيه ألفًا وخمسمائة؛ لأن رأس ماله كان ألفا وخمسمائة ألف ثمن ما اشتراه المضارب وخمسمائة حصّة المضارب من الربح وخمسمائة التي هي حصة رب المال من الربح فغير معتبره؛ لأنها كانت ملكًا له قبل الشراء وبعده فكان الربح ألفا وخمسمائة، فإذا ضمت إلى ربح المضارب صار ألفين فالمضارب لما اشتراه من الأجنبي بألفين صار مشتريا لنفسه، ولرب المال فيطرح الربح الحاصل في العقد المتوسط من الثمن الآخر فلم يبق من الثمن شيء فلا يبعه مرابحة وعندهما لا يطرح الربح من الثمن الآخر فيبيعه مرابحة على الثمن الآخر وذلك ألفان.

ولو باعه المضارب من رب المال بألف وخمسمائة وباعه رب المال من الأجنبي بألف وستمائة ثم الأجنبي من المضارب بألفين من المضاربة يبيعه المضارب على ألف وأربعمائة عند أبي حنيفة وعندهما على ألفين؛ لأن ربح المضارب في البيع الأول مائتان وخمسون وربح رب المال في بيعه من الأجنبي

ثلاثمائة وخمسون كل رأس ماله في هذا البيع ألف ومائتان وخمسون ألف ثمن ما اشتراه المضارب ومائتان وخمسون كان مستربحا حصة المضارب من الربح، فأمّا المائتان والخمسون الباقية كانت ملك رب المال قبل الشراء وبعده فلم يعتبر ملك، فإذا باعه من أجنبي بألف وستمائة فقد ربح ما زاد على ألف ومائتين وخمسين وذلك ثلاثمائة وخمسون، فإذا ضممت ربح رب المال إلى ربح المضارب يصير كله ستمائة فيطرح ربحهما من الألفين فيبقى ألف وأربعمائة فيبيعه مرابحة على ذلك. عبد اشتراه المضارب بألف وولاه رب المال ثم باعه رب المال من أجنبي مرابحة بألف وخمسمائة ثم اشتراه المضارب مرابحة بألفين ثم حط رب المال عن الأجنبي ثلاثمائة وهو الخمس يحط الأجنبي عن المضارب الخمس وذلك أربعمائة ويبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يبين وعندهما يبيعه مرابحة على ألف وستمائة؛ لأن رب المال كان ربح فيه خمسمائة فلما حط عن الأجنبي ثلاثمائة كان الحط من جميع الثمن ورأس المال ألف والربح خمسمائة فينقسم المحطوط عليهما أثلاثا ثلثاه من رأس المال وثلثه من الربح فيكون المحطوط عن الربح مائة فيبقى من ربحه أربعمائة فيطرح من الثمن يبقى من الثمن ألف وستمائة، ثم يجب على الأجنبي أن يحط عن المضارب مثل ذلك؛ لأن من باع شيئًا مرابحة ثم حط عن المشتري بعض الثمن، فإنه يحط عن مضاربه مثل ذلك فيحط عن ثمن الأجنبي أربعمائة ثم يطرح أيضًا عن ثمن المضارب بربح رب المال وذلك أربعمائة وإذا طرح أربعمائة من ألف وستمائة يبقى ألف ومائتان وعندهما لا يطرح ربح رب المال هل يطرح ما يحط عن الأجنبي وذلك أربعمائة يبقى ألف وستمائة.

ولو حط المضارب عن رب المال مائتين ولم يحط رب المال شيئًا عن الأجنبي والمسألة بحالها باعه مرابحة على ألف ومائتين عند أبي حنيفة، وعندهما على ألف وستمائة؛ لأنه لما حط المضارب عن رب المال مائتين وجب على رب المال أن يحط تلك المائتين عن الأجنبي وحصّتهما من الربح وهي مائة مثل نصفها؛ لأن جميع الثمن ألف وخمسمائة ألف منها رأس ماله وخمسمائة ربح فكان حصة كل

جزء من رأس المال مثل نصفه من الربح فيكون حصة المائتين من الربح مائة فيكون المحطوط من الأجنبي ثلاثمائة فوجب على الأجنبي أن يحط عن المضارب ثلاثمائة وحصتها من الربح وهي مائة؛ لأنه باع من المضارب بشرط أن يكون الربح مثل ثلث الثمن وإذا حط أربعمائة عن المضارب بقي العبد في يد المضارب بألف وستمائة ويجب على المضارب أن يحط ما ربح رب المال أيضًا وهو أربعمائة فيكون الجملة المطروحة ثمانمائة فيبقى ألف ومائتان فيبيعه مرابحة عليهما وعندهما ما يطرح عن المضارب ما حط الأجنبي عنه وذلك أربعمائة ولا يطرح ما ربح رب المال فيه فيبيعه مرابحة على ألف وستمائة.

(باب المبايعة بين المضاربين)

دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، ودفع إلى آخر أيضًا كذلك فاشترى أحدهما عبدًا بخمسمائة فباعه من الآخر بألف فهو على قسمين: إما أن اشترى واحد بمال المضاربة خاصة أو بمال المضاربة ومال نفسه.

وكل قسم على وجهين: إما أن كان في مال المضاربة فضل أو لا فضل فيه، فإن اشتراه بمال المضاربة خاصة ولا فضل فيه بأن اشتراه بخمسمائة وباعه من الآخر بألف باعه الآخر مرابحة على أقل الثمنين خمسمائة؛ لأن شراء المضارب الثاني من صاحبه كشراء رب المال لنفسه؛ لأن المضارب مشتريه له، ولو اشتراه رب المال من المضارب بألف باعه مرابحة على خمسمائة؛ لأن الخمسمائة خرجت عن ملكه في ثمن العبد رقبة وتصرفًا وملك بإزائها عبدًا رقبة وتصرفًا فاستتم زوالها فيجب اعتبارها فأمّا الخمسمائة الأخرى لم تزل عن ملك رب المال، فإنه كانت ملكًا له قبل الشراء وبعده فلم يعتبر.

وأما **القسم الثاني**: إذا اشتراه المضارب الثاني بألف المضاربة وبألف من ماله باعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين؛ لأن المضارب الثاني اشترى نصف العبد لنفسه ونصفه للمضاربة؛ لأنه يعد ألفًا من ماله وألفًا من المضاربة بالألف المنقودة من ماله استتم زواله عن ملكه رقبة وتصرفًا فوجب اعتبارها فله أن يبيع هذا النصف مرابحة على ألف.

وأما النصف الآخر فقد استتم زوال مائتين وخمسين عن ملك رب المال وعن المضارب الأوّل؛ لأن المضارب الأول كأن اشترى جميع العبد بخمسمائة فكان كل نصف مائتين وخمسين فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين.

ولو دفع إلى أحدهما ألفًا وإلى الآخر ألفين فاشترى صاحب الألف عبدًا بها وباعه من صاحب الألفين بألفين باعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأن ألف درهم رأس مال الأول وألف ربح يطرح الخمسمائة التي هي حصّة رب المال من الربح؛ لأنها لم تزل عن ملكه وتعتبر الخمسمائة التي هي حصة المضارب الأول من الربح.

ولو كان الأول اشتراه بألفين باعه مرابحة على الأول لما بينا كذا المضارب؛ لأنه بمنزلة رب المال.

ولو اشترى الأول بألف المضاربة ثم باعه من الثاني بثلاثة آلاف ألفان من المضاربة وألف من ماله باعه مرابحة على ألفين وسدس ألف؛ لأن المضارب الثاني اشترى ثلث العبد لنفسه خاصة بألف فيبيعه مرابحة على ذلك وثلثي العبد بألفين للمضاربة وقد خرج عن ملك رب المال بقدر ألف وسدس ألف؛ لأن المضارب الأول اشترى ثلثي العبد بثلثي الألف ستمائة وستة وستين وثلثين وهذا رأس ماله فاعتبر كله؛ لأنه خارج عن ملك رب المال وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث قيمة الألف التي هي رأس المال لا يعتبر؛ لأنه ملك رب المال بقي ألف ربح خمسمائة منها ربح المضارب الأول على الثاني فاعتبرت وخمسمائة ربح رب المال فلا يعتبر؛ لأنه لم يزل عن ملكه وإنه كان ملكًا له قبل الشراء وبعده فصار المعتبر ألفين ومائة وستين وثلثين.

ولو كان الأول اشتراه بخمسمائة من المضاربة والمسألة بحالها باعه الثاني مرابحة على ألف وخمسة أسداس الألف؛ لأنه اشترى ثلث العبد من ماله خاصّة فاعتبر كله. اشترى ثلثي العبد بألفي المضاربة والأول اشتراهما بثلثي الخمسمائة وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فاعتبر ذلك كله؛ لأنه خرج عن ملك المال وما زاد على هذا إلى تمام الألف غير معتبر في المرابحة؛ لأنه تمام رأس مال المضاربة

يبقى ألف خمسمائة ربح المضارب الأول فيعتبر وخمسمائة ربح رب المال لا يعتبر فكان جملة ما اعتبر ألف وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا.

ولو اشترى الأول بألف من ماله وخمسمائة من المضاربة عبدًا وباعه من الثاني بثلاثة آلاف ألف من ماله وألفين من المضاربة باعه مرابحة على ألفين وثلثي الألف؛ لأن المضارب الأول اشترى ثلثي العبد لنفسه وثلثًا للمضاربة والمضارب الثاني. اشترى ثلثه لنفسه وثلثيه للمضاربة؛ لأنه نقد ألفا من ماله وألفين من مال المضاربة وقد خرج ألفي درهم عن ملك رب المال وعن المضارب الثاني؛ لأنها صارت ملكًا للمضارب الأول رقبة وتصرفًا؛ لأن ثلث العبد ملكه فيملك ثمنه وذلك ألفين فيبيع ثلثي العبد مرابحة على ألفين، وإن اشترى الثاني سهمين من ذلك لنفسه وأربعة أسهم للمضاربة، وأما ثلث العبد الذي اشتراه الأول للمضاربة فثلث هذا الثلث الذي اشتراه المضارب والثاني لنفسه بثلث الألف وذلك بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وقد خرج هذا القدر عن ملك المضارب الثاني وملك بإزائه سهمًا من العبد فيبيع سهمًا من هذه الثلاثة مرابحة على ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وثلث هذا الثلث اشترى المضارب الثاني بثلثي ألف وذلك بستمائة وستة وستين وثلثين والمضارب اشترى ذلك بثلثي الخمسمائة وذلك بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث فيبيع سهمين من هذا الثلث مرابحة على ذلك؛ لأنه أقل الثمنين والجملة المعتبرة من الثمن ألفان وستمائة وستة وستون ألفان ثمن ثلثي العبد الذي كان للمضارب الأول خاصة وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ثمن الثلث الذي اشتراه المضارب الثاني لنفسه وذلك أقل الثمنين لثلاثين من هذا الثلث الذي اشتراه الثاني للمضارب.

ولو اشتراه الأول بألف المضاربة وخمسمائة من ماله ثم باعه من الثاني بألفي المضاربة فألف من ماله باعه على ألفين وخمسمائة؛ لأن الأول اشترى ثلث العبد لنفسه وثلثيه للمضاربة.

وكذلك المضارب الثاني فثمن ثلث الذي اشتراه الأول لنفسه وذلك ألف استتم زواله عن ملك رب المال فاعتبرناها فأمّا ثلثا الذي اشتراه الأول للمضاربة فثلثه

اشتراه المضارب الثاني لنفسه؛ لأن الثلث الذي اشتراه لنفسه شائع في جميع العبيد فثمن ثلث هذين الثلثين وذلك ثلث الألفين معتبر؛ لأنه خرج عن ملكه وثمن ثلثي الذي اشتراه للمضاربة وذلك ثلثا الألفين وكان الأول اشتراه بستمائة وستة وستين وثلثين فيعتبر هذا؛ لأنه أقل الثمنين وما زاد إلى تمام الألف وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث تمام رأس المال لا يعتبر بقي ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون ربح فنصف الأول يعتبر ونصف ربح المال لا يعتبر فصارت الجملة المعتبرة ألفين وخمسمائة لو اشتراه الأول بألف من ماله وخمسمائة من المضاربة وباعه من الثاني بألفين من ماله وألف من المضاربة باعه بألفين وخمسة أسداس الألف؛ لأن المضارب الأول اشترى ثلثي العبد لنفسه وباعهما بألفين بعضه للمضارب الثاني وبعضه لرب المال واعتبر ألفان، واشترى الأول ثلثه للمضاربة بخمسمائة وباع ثلثيه من الثاني خاصة بثلثي الألف فاعتبر وباع ثلثه من الثاني للمضاربة بثلث الألف بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين والأول اشتراه بثمانية وستة وستين وثلثين فيعتبر أقل الثمنين فالجملة المعتبرة مرة اعتبرنا ألفي درهم ومرة ستمائة وستة وثلثين ومرّة مائة وستة وستين وثلثين فالجملة كانت مائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا وذلك ألفان وخمسة أسداس الألف.

ولو اشترى بألف المضاربة وخمسمائة من ماله وباعه من الثاني بثلاثة آلاف ألفان للمضاربة وألفان من ماله باعه على ألفين وثلثي الألف وهو الصحيح وذكر في الأصل يبيعه على الألف وخمس أسداس وهو سهو وقع من الكاتب؛ لأن الأول اشترى ثلثه لنفسه وباع الثاني بألف من ماله ومال المضاربة جميعًا؛ لأنه شائع في الكل فاعتبر كل الألف؛ لأن ما كان جاز من ملك المضارب الأول فشراء المضارب الثاني منه للمضاربة وشراه من الأجنبي سواء واشترى المضارب الثاني ثلثي الثلثين الباقيين لنفسه بثلثي الألفين وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولا بد من اعتباره واشترى ثلث الثلثين من مضاربة بثلث الألفين وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وكان المضارب الأول اشتراه بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث واعتبر أقل الثمنين وهو ما اشتراه الأول فصار المعتبر من الثمن مرة ألف ومرة ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا ومرة بثمان وثلاثة وثلاثين وثلث فجعلناه ألفين وستمائة

وستة وستين وثلثين وهذا كله إذا لم يكن في المضاربة ربح، وإن كان في المضاربة ربح بأن دفع إلى كل واحد ألفا فعمل أحدهما وصارت ألفين فاشترى الآخر بألفه عبدًا وباعه بألفين المضاربة وقيمته ألفان باعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأن ألف درهم ثمن العبد وخمسمائة حصة المضارب من الربح فاعتبرناهما بخروجهما عن ملكهما رقبة وتصرفًا وخمسمائة حصة رب المال من الربح لم يعتبرها لأنها بقيت ملكًا له قبل الشراء وبعده وطرحنا خمسمائة فبقي المعتبر ألفان وخمسمائة.

ولو اشتراه الأول بخمسمائة من المضاربة وخمسمائة من ماله والمسألة بحالها باعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأن المضارب الأول اشترى نصف العبد لنفسه خاصّة وباع ذلك النصف من المضارب الثاني بألف المضاربة فاعتبر هذا الألف كلها لخروجها عن ملك رب المال، وأما النصف الثاني فالأول اشتراه بخمسمائة المضاربة وقد اشتراه الثاني بألف المضاربة فخمسمائة منها معتبرة لأنها خرجت عن ملك رب المال وخمسمائة منها مطروحة لأنها تمام رأس مال المضاربة الأولى في العبد؛ لأنه لا ربح للمضارب إلا بعد تمام رأس المال فالحاصل أنه يبيع النصف الذي للمضارب الأول مرابحة على ألف والنصف الذي للمضاربة يبيعه على خمسمائة فيكون الجملة ألفًا وخمسمائة.

ولو كان الأول اشتراه بألف من ماله وخمسمائة من المضاربة والمسألة بحالها باعه مرابحة على الألف وخمسة أسداس ألف؛ لأن الأول اشترى ثلثيه لنفسه خاصة وباعهما من الثاني بثلثي الألفين فاعتبر جميعه وقد اشترى الأول ثلثه بخمسمائة للمضاربة وباعه من الثاني بثلث الألفين ستمائة وستة وستين وثلثين فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وهي خمسمائة لأنها هي الخارجة عن ملك رب المال.

وأما الزيادة على الخمسمائة وستة وستين وثلثين بعض ما يتم به رأس المال؛ لأن المضارب الأول إنّما باع الثلث الذي اشتراه للمضاربة بأقل من رأس مال المضاربة فلا يعتبر الزيادة على الخمسمائة، فصارت الجملة المعتبرة ألفًا وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا وذلك ألف وخمس أسداس ألف وكذلك لو اشتراه بخمسمائة

من ماله وألف من المضاربة؛ لأن الأول اشترى ثلث العبد لنفسه وباعه من الثاني بثلث الألفين ستمائة وستة وستين وثلثين فاعتبر كله واشتراه الأول ثلثي العبد بألف المضاربة وباعه من الثاني بثلثي الألفين وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث والألف خارجة عن ملك رب المال فاعتبرت وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ربح؛ لأنه فضل على رأس المال نصفها لرب المال فلم يعتبر؛ لأنه لم يزل عن ملكه ونصفها للمضارب الأول فاعتبر وهو مائة وستة وستون وثلثان فصار المعتبر من الثمن مرّة ستمائة وستة وستين وثلثين ومرة ألف ومرّة مائة وستة وستين وثلثين فجملته ألف وثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

(المنتقى): رجل أعطى رجلًا ألفا مضاربة فاشترى بخمسمائة منها عبدًا فأسره أهل الحرب فاشتراه منهم بالخمسمائة الباقية، فإنه يبيعه مرابحة على الثمن الآخر ويقاسم الربح على ألف.

ولو اشتراه منهم رجل آخر بخمسمائة فأخذه المضارب منه بذلك يبيعه مرابحة على الثمن الأول؛ لأنه في هذا أحق به من المشتري.

ولو اشترى بجميع مال المضاربة عبدًا فاشتراه أهل الحرب واشتراه منهم بطلت المضاربة وشراه لنفسه؛ لأنه هلك مال المضاربة بالأسر، ولرب المال أن يأخذه منه إن شاء، فإن أخذه عاد في المضاربة؛ لأنه حتى مال المضاربة فعادت المضاربة ويبيعه مرابحة على الثمن الأول ويقاسم رب المال على ألفين.

ولو اشترى بألف المضاربة عبد فأسره أهل الحرب، ثم إن رب المال أعطاه ألفا فقال اِفده بها فاشتراه بها من أهل الحرب أو أخذه من إنسان قد اشتراه منهم بذلك، فإنه يبيعه مرابحة في الباب الأول على الثمن الآخر وفي الباب الثاني على الثمن الأول.

ولو أعطاه ألفًا مضاربة ثانية لا ليفديه بها فاشتراه بها من أهل الحرب باعه مرابحة على الثمن الآخر ويقاسم الربح على الثمن الآخر وهذه مضاربة جديدة سوى تلك.

ولو أنه أخذه بها من يدي رجل قد اشتراه منهم باعه مرابحة على الثمن الأول

وقاسم الربح على ألفين؛ لأنه إذا أخذه بحق الملك الأول عاد على المضاربة الأول.

(باب هلاك مال المضاربة قبل الشراء أو بعده)

وإذا هلك المال قبل التصرف بطلت المضاربة؛ لأنه فات محل العقد؛ لأنه انعقد على هذا المال المعين فالقول قول المضارب في الهلاك مع يمينه؛ لأنه أمين بمنزلة المودع.

ولو استهلك المضارب رأس المال أو أنفقها أو أعطاه رجلًا فاستهلكه لم يكن له أن يشتري على المضاربة شيئًا؛ لأنه صار مضمونا عليه بالتعدي ومن حكم المضاربة أن يكون أمينا لا ضمينا، فإن أخذه من الذي استهلكه كان له أن يشتري على المضاربة رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه أخذ بدل المضمون وهذا مبادلة فصار كما لو باعه وأخذ ثمنه.

ورُوي عن محمد: أن المضارب إذا أقرض رجلا، فإن رجعت إليه الدراهم بعينها رجعت إلى المضاربة؛ لأنه يعود أمينا كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وإن أخذ مثلهما لم يرجع؛ لأن الضمان قد استقر بهلاك عينها فلا يبرأ عن الضمان وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان.

ولو اشترى بألف المضاربة ثيابا وقبضها ولم ينقده الألف حتى ضاعت يرجع على رب المال بألف أخرى فيكون رأس المال ألفين؛ لأن رب المال دفع ألفين على جهة المضاربة، وكذلك كلما هلك قبل النقد ويكون رأس ماله جميع ما عزم مع الألف فرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء إذا اشترى وقبض الثمن من الموكل ثم هلك قبل أن ينقده البائع لم يرجع على الموكل ثانيًا والفرق بالشراء كما وجب للبائع على الوكيل الثمن وجب للوكيل على الموكل أيضًا؛ لأنه في حق الحقوق كأنه اشترى لنفسه ثم باعه من يوكله، ولهذا يملك جنس المبيع من الموكل ليستوفي الثمن منه، فإذا استوفى حقه من الموكل لم يبق له الحق أصلًا فلا يملك الرجوع ثانيًا، فأمّا المضارب فلا يجب له على رب المال دين إذ لو وجب له عليه دين لصار

نقصا لدينه فيصير ما قبضه مضمونا عليه والمضارب لا يصلح ضامنًا بحال ما فيكون قبضه بجهة الأمانة دون الاستيفاء فيه وقبضه في المرة الثانية أمانة لقبضه في المرة الأولى سواء وإنما اعتبرنا الكل من رأس المال؛ لأن عقد المضاربة لتحصيل الربح، فإذا لم يعتبر ما ضمن المضارب من رأس المال يخسر رب المال ويربح المضارب وهذا لا يجوز، وكذلك لو ادعى المضارب أنه نقد الألف وأنكر البائع يرجع على رب المال بألف درهم؛ لأن إقراره بأنه نقد البائع لا يجعل المال مضمونا عليه فلا يمنع رجوعه على رب المال بخلاف الوكيل إذا أقر أنه نقد الألف للبائع وجحده البائع غرمها الوكيل من ماله؛ لأن أقر باستيفاء ما وجب على الموكل فلا يرجع به على الموكّل ثانيا.

ولو تصرف المضارب في ألف المضاربة حتى صارت ألفين فاشترى بهما جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقد رجع على رب المال بألف وخمسمائة ويضمن المضارب خمسمائة ويكون ربع الجارية له ويخرج من المضاربة والباقي على المضاربة؛ لأنه اشترى ثلاثة أرباع الجارية لرب المال؛ لأن ثلاثة أرباع الثمن كانت مملوكة لرب المال فكان ضمان مملوكه عليه وربعها اشتراه لنفسه؛ لأن ربع الثمن كان ملكا؛ لأنه حصته من الرّبح فكان ضمان هذا الربع عليه وخرج من المضاربة؛ لأن حق المضارب لا يظهر إلا في الربح، والربح لا يتحقق إلا بعد القسمة وإذا قسم لا يجوز أن يكون للمضارب رأس مال في المضاربة، فأمّا ثلاثة الأرباع بقيت على المضاربة؛ لأن ضمان رب المال لا يخرجه من المضاربة؛ لأن رأس ماله على حاله، فإن باعها بخمسة آلاف كان ثمن الربع وثلاثة أرباعه على المضاربة يأخذ رب المال منه رأس ماله ألفين وخمسمائة والباقي بينهما على الشرط؛ لأن رأس مال هذه المضاربة ألفان وخمسمائة يأخذ رب المال ذلك أولا والباقي يكون ربحًا بينهما على الشرط. اشترى بألف المضاربة جارية قيمتها ألفان ولم ينقد الثمن حتى باعها بألفين وقبض الثمن ولم يسلم الجارية حتى هلك كله، فهذا لا يخلو من أربعة أوجه:

إمّا أن هلكت الأموال كلها معًا أو هلكت الألف الأولى أولًا ثم هلكت الجارية

والمال الثاني وهي ألفان معًا، أو متعاقبًا أو هلكت الجارية ثم هلك المال الأول والثاني معًا متعاقبًا أو هلك المال الثاني أولا ثم هلكت الجارية والمال الأول معًا أو متعاقبا. أمَّا إذا هلكت الأموال كلها معًا ضمن المضارب ثلاثة آلاف ألف لبائع الجارية وألفان لمشتريها؛ لأن المبيعة هلكت قبل التسليم ورجع على رب المال بألفين وخمسمائة؛ لأنه اشترى جميع الجارية لرب المال؛ لأنه حين اشتراها لم يكن في المضاربة ربح فكان جميع ثمنها على رب المال فلما باعها بألفين صار بائعا ثلاثة أرباعها لرب المال وربعها لنفسه؛ لأن المستحق بثمن هذه الجارية لبائعها الألف التي كانت رأس المال فكانت الجارية فارغة عن الدين وقيمتها ألفان فتكون ألف منها رأس المال وألف ربح بينهما نصفين فيكون ثلاثة أرباعها ملك رب المال فيرجع المضارب بضمانها عليه؛ لأن المضارب عامل له وربعها ملك المضارب فكان ضمانًا عليه؛ لأنه عامل لنفسه.

وأما إذا هلك الألف الأولى أولا ثم هلكت الجارية والمال الثاني معًا أو متعاقبًا فالثلاثة آلاف كلها على رب المال؛ لأنها لما هلكت الألف الأولى صارت تلك الألف دينًا في المضاربة؛ لأنها ثمن الجارية المشتراة للمضاربة فيصير ألف من الجارية مضمونة بالدين وألف منها رأس المال ولا يبقى للمضارب ربح؛ لأن الربح ما بقي بعد قضاء الدين واستيفاء رأس المال فظهر أنه لم يكن للمضارب في الجارية شركة فصار كلها ملكًا لرب المال فصار ضمان كلها عليه، بخلاف ما لو هلكت الأموال معًا؛ لأنها هلكت قبل وجوب الدين فيه وكان للمضارب فيه ربح فغرم المضارب ذلك القدر فأمّا إذا هلكت الجارية أولًا ثم المالان معًا أو متعاقبًا فعلى رب المال ألفان وخمسمائة وعلى المضارب خمسمائة؛ لأنه بهلاك الجارية لم يلحق المضارب دين؛ لأن ثمن الجارية قائم في يدي المضارب وبقي ألف رأس المال فأمكنه بعث ثمنها إلى بائعها وأمكنه رد ألفي الدين اللذين قبضهما في ثمن الجارية إلى مشتريها فلم يلحق المضاربة دين حال قيام الجارية إنما لحق المضارب دين بعد هلاكها وذلك لا يقطع شركة المضاربة دين؛ لأن الجارية هلكت على الشركة فيكون الغرم عليها فصار كما لو هلكت الأموال كلها معًا، وكذلك لو هلك

المال الآخر أولا ثم الجارية والمال الأول؛ لأنه بهلاك المال الثاني لم يلحق المضاربة دين؛ لأن الجارية قائمة بردها على مشتريها والمال الأول قائم بنقده إلى بائعها. الأصل أن المضارب بقدر ما كان عاملًا لرب المال يكون قرار الضمان على رب المال؛ لأنه لحقه الضمان بسبب عمله له فيرجع بالضمان على المعمول له؛ لأنه هو الذي أوقعه فيه فعليه تخليصه، وإخراجه عنه وبقدر ما كان عاملًا لنفسه يكون قرار الغرم على المضارب؛ لأن غنمه له فيكون غرمه عليه. رأس المال ألف فاشترى بها جارية تساوي ألفا وقبضها قبل نقد الثمن فاشترى بالجارية جارية تساوي ألفين وقبضها ولم يدفع الجارية وهلكت الجاريتان والدراهم رجع على رب المال بألفين وخمسمائة ويؤدي من ماله خمسمائة وهي على أربعة أوجه:

الأول: لو هلكت الأموال كلها معًا ورجع على ربّ المال بألفين وخمسمائة من ماله؛ لأن المضارب في شراء الجارية الأولى كان عاملا لرب المال؛ لأنه لا فضل في الثمن ولا في الجارية على رأس المال؛ لأن قيمتها ألف فإذا لحقه غرم بسبب شرائها كان قرار ذلك الغرم على ربّ المال، فأمّا الجارية الأخيرة فربعها كان للمضارب فكان ضمان ربعها عليه وهو خمسمائة وثلاثة أرباعها كان لرب المال ألف رأس ماله وخمسمائة حصته من الربح فكان قرار ضمانها على ربّ المال؛ لأن المضارب في ذلك عامل لرب المال.

والثاني: لو هلكت الألف أولًا ثم هلكت الجاريتان معًا رجع المضارب على رب المال بجميع ثلاثة آلاف؛ لأنه بهلاك الألف لحق المضاربة دين ألف درهم، وليس مال المضاربة في يد المضارب، الجارية الأخيرة وقيمتها ألفان فصار نصفها مشغولا بألف الدين ونصفها مشغولا بألف رأس المال، فلا يبقى للمضارب فيها ربح وملك ومتى انتفى ربح المضارب عنها كانت كلها ملك رب المال فكان جميع الضمان عليه.

والثالث: لو هلكت الجارية الأولى أولا ثم الأخيرة والألف رجع بألفين وخمسمائة كما لو هلكت الأموال كلها معا؛ لأن هلاك الجارية الأولى لم يلحق المضاربة دين لقيام ثمنها في يده وهو ألف والجارية الأخيرة التي هي بدل الأول

أيضًا قائمة في يده وأمكن ردها إلى بائعها، فهلاك الجارية الأخيرة والألف، ولا دين على المضاربة حال هلاكهما فهلكت مشتركة وإنما لحق المضاربة دين بعد هلاكهما، ولحوق الدين بعد هلاك المال من المضاربة لا يقطع الشركة كما لو هلكت الأموال كلها معًا ولذلك لو هلكت الجارية الأخيرة ثم الباقي لما ثبت.

ولو اشترى بألف المضاربة جارية تساوي ألفا وقبضها ولم ينقد الثمن، ثم اشترى بالجارية عبدًا يساوي ألفين وقبضه ولم يدفع الجارية ثم اشترى بالعبد جرابًا هرويًا يساوي ثلاثة آلاف درهم وقبضه ولم يدفع العبد فهلكت عنده هذه الأشياء الأربعة كلها فهو على خمسة أوجه:

الأول: لو هلكت الأبدان كلها معًا فعلى المضارب ستة آلاف يرجع على رب المال منها بأربعة آلاف وخمسمائة وتؤدى من ماله ألف وخمسمائة، إما بغرم المضارب ستة آلاف ألف منها ثمن الجارية؛ لأنه هلكت في ضمانه وألفان قيمة العبد؛ لأنه فسد العقد بهلاك أحد العوضين وهو الجارية قبل التسليم فلزمه رد بدله وهو العبد وقد عجز عن رده بالهلاك فيضمن قيمته ألفًا وثلاثة آلاف قيمة الجراب؛ لأنه اشتراه بالعبد وقد هلك العبد، وإما يرجع على رب المال بأربعة آلاف وخمسمائة؛ لأنه لا ربح في الجارية ولا في ثمنها فصار مشتريا كلها لرب المال فكان ضمانها عليه وفي العبد ألف ربح، فإن ألفًا منه مشغول برأس المال وألف ما ربح عن الدين وعن رأس المال فيكون ربحًا بينهما نصفين فصار ربعه ملكًا للمضارب فيكون ضمانه عليه وثلاثة أرباعه لرب المال فيكون ضمانها عليه وذلك ألف وخمسمائة، وفي الجراب ألفين ربح؛ لأن ألفًا منها مشغول برأس المال وألفان فارغان فيكون ربحًا لكل واحد ألف فصار ثلث الجراب لرب المال والثلث للمضارب فيكون غرمه عليهما أثلاثا فيرجع على رب المال بألف ثمن الجارية وبألف وخمسمائة من قيمة العبد وألفين من قيمة الجراب فيكون الجملة أربعة آلاف وخمسمائة، وأما إذا هلكت الألف أولا ثم البواقي معًا رجع المضارب على رب المال بخمسة آلاف وخمسمائة وإذا من ماله خمسمائة؛ لأن بهلاك الألف لحق المضاربة دين ألف ومال المضاربة عبد قيمته ألفان وجراب قيمته ثلاثة آلاف وأنهما

جنسان مختلفان فيعتبر كل واحد منهما مشغولا بالدين وبرأس المال فصار العبد كله مشغولا بالدين ورأس المال ألف دين وألف رأس المال فلم يبق في العبد ربح للمضارب فكان غرم العبد كله على رب المال، وأمّا الجراب فثلثاه مشغول برأس المال وثلثه فارغ؛ لأنه بلحوق الدين صار رأس مال المضاربة ألفين، فألفان منها رأس المال فغرم هذين الألفين على رب المال؛ لأنه لا ربح فيها وبقيت ألف ربح فكان نصفه للمضارب فكان نصف الألف على المضارب وضمان نصفه على رب المال وهو خمسمائة.

وأما إذا هلك العبد أولا ثم البواقي معًا رجع على رب المال بأربعة آلاف وخمسمائة؛ لأن بهلاك العبد يلحق المضارب دين؛ لأن بدله وهو الجراب قائم يردها على بائعها والجارية التي هي ثمن العبد قائمة يردها على بائع العبد والألف ثمن الجارية قائم يدفعها إلى بائعها، وكذلك لو هلك الجراب أولا ثم البواقي معًا؛ لأن بهلاك الجراب لم يلحق المضارب دين لأنّ بدله وهو العبد قائم بردّه على بائع الجراب على ما عرف.

فأما إذا هلكت الجارية أولا ثم ما بقي معًا رجع على رب المال بأربعة آلاف وسبعمائة وخمسين؛ لأن الجارية لما هلكت قبل التسليم فسد البيع في العبد؛ لأن هلاك أحد البدلين قبل التسليم في بيع المقابضة يفسد البيع، ووجب على المضارب ردّ العبد إن أمكنه وقد عجز عن رده حين باعه بالجراب، فوجب عليه ردّ قيمته وقيمة العبد ألفان فكانت في القيمة فضل ألف درهم على رأس المال فذلك ربح بينهما نصفين فكان ربع العبد له وثلاثة أرباعه لرب المال فيكون غرمه عليهما على هذا القدر وقد اشترى الجراب بالعبد فصار مشتريًا ربع الجراب لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة فيكون ضمان ربعه عليه وذلك سبعمائة وخمسون وضمان ثلاثة أرباعه على رب المال وذلك ألفان ومائتان وخمسون، وعلى رب المال أيضًا غرم الألف الأولى؛ لأنّها عن الجارية وغرم ثلاثة أرباع قيمة العبد وذلك ألف وخمسمائة فتكون الجملة أربعة آلاف وسبعمائة وستين.

ولو اشترى بالعبد جارية تساوي ألفًا وقبضها ثم اشترى المال الأول معًا فعلى

المضارب ثمن الجارية الأولى ألف درهم وألفان قيمة الجاريتين كل واحدة من الجواري مشغولة برأس المال لا فضل فيها؛ لأن الرقيق أجناس مختلفة فلا يعتبر رأس المال شائعًا فيهما؛ لأنه لا ربح في الجارية الأولى فكان كلها ملك رب المال، فإذا اشترى بها جاريتين صار مشتريًا كلتاهما لرب المال فهذا قول أبي حنيفة وقولهما على رواية هذا الكتاب وعلى رواية كتاب ألفين والدين فعندهما الرقيق جنس واحد فيكون الجواب في الجاريتين كالجواب في الدابتين.

ولو اشترى بالجارية دابتين قيمة كل واحدة منهما ألف، فإن برأس المال يعتبر شائعًا فيهما فيكون خمسمائة من كل واحد منهما ربحًا فيكون غرم خمسمائة على المضارب منهما فكذا هذا.

(باب الشركة والخلط في مال المضاربة)

ولو خلط المضارب مال المضاربة بماله أو بمال غيره ليعمل بهما يضمن إذا لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك؛ لأن الخلط حصل بغير إذن رب المال؛ لأنه غير داخل تحت المضاربة؛ لأن المضاربة تعقد لإثبات الشركة للمضارب في الربح لا في رأس المال.

ولو كان قال له: اعمل برأيك فله أن يخلط بماله أو بمال غيره؛ لأنه أذن له بالخلط والشركة دلالة؛ لأنه يدخل تحت قوله: اعمل فيه برأيك تجارة لا يملكها المضارب بمطلق المضاربة، والثابت دلالة كالثابت صريحا.

ولو دفعه إلى غيره فقال: اخلطه بمالك هذا أو اخلطه بمالي هذا ثم اعمل بهما فأخذه الرجل فلم يخلطه بماله حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه؛ لأنه بمنزلة الوديعة في يده ما لم يخلطه؛ لأنه دفع إليه ليكون أمانة عنده، وللمضارب أن يودع كما أودعه عند أجنبي أو أبضعه دفع ألفًا مضاربة بالنصف وألفًا بالثلث ولم يقل فيهما اعمل برأيك فخلطهما المضارب قبل العمل ثم عمل فلا ضمان؛ لأن المالين ملك رب المال وهو ممنوع عن خلط ماله بمال غيره لا عن خلط ماله بماله ويقسمان نصف الربح نصفين ونصفه أثلاثا؛ لأن الربح مستفاد من المالين وربح

الألف الأولى مشروط بينهما نصفين وربح الألف الثانية مشروط بينهما أثلاثا.

ولو ربح في أحدهما ووضع في الآخر قبل الخلط لا يدخل في الوضيعة المال الذي فيه ربح؛ لأنّهما مضاربتان، فإن خلطهما بعد ذلك صار ضامنًا للمال الذي وضع فيه لا غير؛ لأنه خلط المال الذي وضع فيه بنصيبه من الربح في المال الأول فقد خلط مال رب المال بمال نفسه وأوجب لنفسه الشركة في أصله بغير إذن رب المال وأنه سبب ضمان، ولا يضمن المال الذي ربح فيه؛ لأنه لم يخلطه بماله وإنّما خلطه بمال رب المال؛ لأن الألف التي ربح فيها ملك رب المال وحصته من الربح أيضًا وقد خلط ذلك بماله أيضًا وهو المال الذي وضع فيه، وهذا الخلط لا يوجب الضمان إلا أن حصة المضارب من الربح لما كانت شائعة في الكل فما من جزء من أجزاء المال الذي ربح فيه إلا وللمضارب فيه شركة وقد خلطه بمال رب المال فيصير ضامنًا المال الذي وضع فيه، والمضارب إنما ملك المال الذي وضع فيه بعد الخلط، فحالة خلط المال الذي وضع فيه خالص ملك رب المال ولم يصر خالطًا ملكه بملك رب المال فلم يضمن إلا مقدار ما ذكرنا، فإن ربح في المال الذي فيه وضيعة فهو للمضارب يتصدق به عندهما؛ لأنه ربح ملكه دفع إليه ألفا للمضاربة بالنصف فاشترى ثمنًا وبألف من ماله جارية ثم خلط الألفين ونقدهما لم يضمن؛ لأن هذا الخلط حصل بإذن رب المال؛ لأن هذا الخلط إنما حصل بسبب شراء المشاع وشراء المشاع داخل تحت المضاربة، ثم إذا خلط مال المضاربة بمال نفسه في المبيع لم يضمن فكذا إذا خلط مال المضاربة بمال نفسه في الثمن بالنقد للبائع؛ لأن كلاهما حاصل بالشراء ولأن المضارب يملك بعد الثمن من مال نفسه وإمساك مال رب المال كالوكيل بقضاء الدين وإذا خلطهما ماله صار كأنه أمسكهما لنفسه وأنه وإن ضمن الألف بالخلط إلا أنه وجب للمضارب على رب المال بالشراء ألف فتقاصًا فإن هلك المال بعد الخلط قبل أن يدفعه إلى البائع ضمن ألف المضاربة للبائع ونصف الجارية على المضاربة؛ لأنه خلط مال المضاربة بماله بغير رضى رب المال فصار ضامنًا وانتقضت المضاربة؛ لأن من شرط قيام المضاربة أن يكون رأس المال أمانة عنده بخلاف ما لو خلط بعد الشراء؛ لأنه صار ضامنًا لرأس المال بعدما

تحولت المضاربة إلى العرض، فلم تنتقض المضاربة كما لو هلك رأس المال بعدما تحولت المضاربة إلى العرض، وكذلك لو اشتراها مع رجل آخر بألف المضاربة وألف من ذلك الرجل ودفعا الألفين قبل أن يخلطا جاز ونصف الجارية على المضاربة ولا ضمان؛ لأن الشركة وقعت حكمًا بالشراء لا بفعل المضارب وهو الخلط، وقد حصل الخلط بسبب مأذون فيه وهو الشراء. دفع ألفًا مضاربة بالنصف يعمل فيها برأيه فعمل فيها فربح القائم أعطاه ألفًا أخرى مضاربة بالثلث وأن يعمل برأيه فخلط خمسمائة من هذه الألف بالمضاربة الأولى ثم هلكت منها ألف فعند أبي يوسف الهالك ربح المال الأول.

وعند محمد يهلك من الكل بحسابه فينقسم على قدر المالين أخماسًا أربعة أخماس الهالك من الأول وخمسه من الثاني؛ لأن مال المضاربة الأولى ألفين ومال المضاربة الثانية خمسمائة كل خمسمائة منها سهم فصارت جملته خمسة أسهم لمحمد أن حكم كل عقد مختلف وشرطه مختلف وحكم المالين مختلف، فإن المال الأول بعضه ربح وبعضه أصل والمال الثاني كله أصل فصار الثاني مضاربة أخرى وينزل اختلاف العقدين منزلة اختلاف المتعاقدين.

ولو كان رب المال اثنين أو المضارب اثنين والمسألة بحالها كان الهالك مصروفا إلى المالين.

لأبي يوسف: أن باعتبار اتحاد رب المال والمضارب تجعل المضاربتان بمضاربة واحدة لاتحاد المتعاقدين وباعتبار اختلاف العقدين تجعل مضاربتان فكانت مضاربة واحدة من وجه ومضاربتين من وجه، ولهذا يضمن أحد المالين وهو المال الذي وضع فيه لا المال الذي ربح فيه.

ولو كان اختلاف العقدين كاختلاف المتعاقدين من كل وجه يضمن المالين جميعًا كما لو كان المضارب اثنين فربح أحدهما في ماله ووضع الآخر ثم خلط أحدهما ماله بمال الآخر ضمن المالين جميعًا، ومتى كانت مضاربة واحدة من وجه وقع الشك في هلاك بعض رأس المال الذي للمضاربة الثانية باعتبار أنها جعلت كمضاربة واحدة لا يهلك شيء من رأس المال الذي للمضاربة الثانية، وباعتبار أنها

متعددة يهلك فلا يثبت الهلاك بالشك، فإن لم تهلك حتى عمل وقد ربح ألفًا أخرى فخمس هذا الربح من المضاربة الأخيرة وأربعة أخماسه من الأولى؛ لأن خمس هذا المال من المضاربة الأخيرة فربح ذلك يكون على شرطه وأربعة أخماسه بين المضاربة الأولى فربحها يكون على شرط المضاربة الأولى. دفع ألفًا إلى رجل بالنصف فعمل فيها برأيه فربح ألفًا ودفع إلى آخر ألفًا أيضًا هكذا فدفع المضارب الأول ألفين إلى رجل بالثلث ويعمل برأيه ودفع الثاني إلى هذا الرجل بالثلث يعمل برأيه فخلط المالين، فهذا لا يخلو إما أن وضع الثالث أو ربح فإن وضع فالوضيعة موزعة على المالين أثلاثا فثلثه من المضاربة الثانية وثلثاه من الأولى؛ لأن مال المضاربة الأولى ألفان ومال المضاربة الثالثة ألف، وإن ربح ألفًا يقسم الربح على المالين أثلاثا فثلثه للمضارب الثالث؛ لأنهما شرطا له ثلث الربح والثلثان بين الأولين على قدر ماليهما أثلاثا ثلثا ذلك لصاحب الألفين؛ لأن ثلثي الربح حصل من الألفين، ثم يقاسم صاحب المال فيدفع إليه برأس ماله ألف درهم وما بقي من الربح فلرب المال نصف ما ربح المضارب الأول وهو خمسمائة وثلاثة أرباع ربح الثاني وما بقي فهو للمضارب لأن لرب المال أن يقول للمضارب الأول كان شرط الربح بيننا نصفين إلا أنك شرطت ثلث الربح للمضارب الثاني فيكون ذلك من نفسك لأني لم أرض بنقصان نصيبي فيكون ذلك سدس الربح ولي نصفه فيكون الرّبح على أربعة لي منها ثلاثة ولك سهم، ويأخذ المضارب الأجر صاحب الألف ثلث ما بقي من الربح الثاني بعد حصّة المضارب الثاني؛ لأن رأس ماله كان ثلث الجملة فكان له من الربح ثلث ما فضل عن نصيب المضارب الثاني ثم يقاسم رب المال أرباعًا ثلاثة أرباعه لرب المال وربعه له لما بينا.

(باب من يدفع بعضه مضاربة وبعضه لا)

إن دفع ألفًا فقال: نصفها قرض ونصفها مضاربة بالنصف وأخذها جاز على ما سمى؛ لأن المضاربة والقرض في المشاع جائزان، ولا يوجد في الكتاب رواية في جواز قرض المشاع إلا في هذا؛ لأن القرض معاوضة حقيقة؛ لأنه إيجاب ملك

ببدل، فإنه يوجب المثل في الذمّة، والمعاوضة جائزة في المشاع والمضاربة جائزة في المشاع أيضًا؛ لأنه يتمكن من التصرف فيه وثبوت الشركة لا تمنع المضاربة، ألا ترى أنه إذا ربح المضارب صار شريكًا في المال وبقيت المضاربة، فإذا جاز البقاء فكذلك الابتداء، فإذا ربح كان نصف الربح للمضارب؛ لأنه ربح ملكه ونصفه الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا في المضاربة.

ولو دفع إليه على أن نصفها قرض عليه ويعمل بالنصف الآخر على أن الربح للدافع هذا مكروه؛ لأنه شرط العمل في مقابلة العرض، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعًا، وإن عمل وربح أو وضع فالربح والوضيعة بينهما نصفان؛ لأن الربح فرع المال والوضيعة جزء هالك من المال فيقسم على قدر المال.

رجل دفع إلى رجل ألفًا فقال: هذه عندك مضاربة شهرًا فإذا مضى الشهر فهي قرض ينظر إن مضى الشهر والألف عنده ورق كانت قرضًا عنده.

ولو قال: نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة تكون الهبة فاسدة؛ لأنها هبة المشاع فيما تحتمل القسمة، فإن هلك المال ضمن نصفه وهو الهبة الفاسدة، ولا يوجد رواية في الكتب أن الهبة الفاسدة مضمونة إلا في هذا وقد مر في كتاب الهبة.

ولو ربح فنصف الربح حصّة الهبة للمضارب؛ لأنه ملك نصف المقبوض بالهبة الفاسدة لأنها انقلبت معاوضة؛ لأنه لما بطل عنه معنى التبرع جعلناها معاوضة ومضمونة بالقيمة كما في البيع الفاسد لما بينا في كتاب الهبة، والنصف الآخر على ما شرطا في المضاربة والوضيعة عليهما نصفان؛ لأن المال كان مشتركا بينهما ثم لم يذكر أن حصّة الهبة من الربح هل تطيب للمضارب قال الفقيه أبو جعفر لا يطيب عندهما ويتصدق به خلافًا لأبي يوسف لما عرف.

وقال الفقيه أبو إسحاق الحافظ: يطيب له بالإجماع ولا يتصدق به؛ لأنه دراهم مملوكة بعقد فاسد فصار كالدراهم المملوكة ببيع فاسد إذا تصرف فيها فربح يطيب له الربح بالإجماع، بخلاف الدراهم المغصوبة والمبيع بالبيع الفاسد لما مرّ في الغصب وهذا هو الصحيح؛ لأنه قال محمد في (الجامع): إن كل دراهم أو دنانير

ملكها بعقد جائز أو فاسد وربح فيها، فإنه يطيب له الربح ولا يتصدق به.

ولو قال: نصفها مضاربة ونصفها بضاعة جاز؛ لأنه يجوز إفراد كل واحد من العقدين على المشاع فعند الاجتماع أولى؛ لأن كلاهما لرب المال دفعها على أن نصفها وديعة ونصفها مضاربة بالنصف جاز؛ لأنه يجوز إفراد كل واحد منهما على المشاع فكذا إذا أجمع بينهما، فإن قسمها نصفين ثم عمل أحدهما ضمن نصف ما عمل به ونصف الربح له ونصفه بينهما على ما شرطاه في المضاربة والوضيعة عليهما؛ لأن المضارب لا يملك القسمة بنفسه، فإن أذن له رب المال صريحًا فبدون إذنه أولى؛ لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسمًا ومتقاسمًا؛ لأن القسمة لا تقوم بشخص واحد فبطلت القسمة، فكان كلا النصفين بعضه مضاربة وبعضه وديعة، فقد عمل في بعض الوديعة وبعض المضاربة، فما كان في الوديعة صار مخالفًا فصار ضامنًا وكان متصرفًا لنفسه فكان ربحه له ووضيعته عليه، وما كان مضاربة فهو بينهما، والحيلة في أن لا يضمن أن يشتري بنصف الألف غير مقسوم ولا ينقد شيئًا من ذلك؛ لأنه متى لم ينقد فلم يوجد منه إلَا مجرّد الإشارة إلى الوديعة وبذلك لا يصير ضامنًا من غير نقد، ثم يصير البائع شريكًا في الألف؛ لأن الإشارة إلى الدراهم، وإن كانت لغوًا في حق استحقاق المشار إليه بغيته في المعاوضة لكنها معتبرة فيما عدا ذلك من الأحكام، وأن يصير البائع شريكًا في الألف في حق أن يجوز قسمة المضارب مع البائع متى أذن له بذلك رب المال حكم وراء استحقاق المشار إليه بعينه فيحصر البائع فيقاسمه المضارب.

ولو دفع إلى رجل جراب هروي فباع منه نصفه بخمسمائة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي، ويعمل بالثمن كله مضاربة بالنصف فباع نصف الجراب بخمسمائة عمل فيها والخمسمائة التي عليه، ولا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن شرطا على أن الربح بينهما نصفان أو على أن لرب المال ثلثيه وللمضارب ثلثه أو على عكسه، فإن شرطا على أن الربح بينهما نصفان فالربح والوضيعة نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قياس قولهما لرب المال ثلاثة أرباع الرّبح وللمضارب ربعه والوضيعة كلها على رب المال وهذا بناء على أن عنده إذا وكل مديونه بأن

يشتري بالدين من غير تعيين من يشتري منه لا يصحّ التوكيل وكان مشتريا لنفسه فصار شريكًا بنصفه فيكون ربحه له، فأمّا الخمسمائة الأخرى فقد أمره بالتصرف فيها على أن يكون ربحها كله للآمر فيكون بضاعة فيكون النصف مال المضاربة والنصف مال رب المال فيكون الربح والوضيعة نصفين، وأما عندهما فالمضاربة في الخمسمائة التي قبضها من الأجنبي جائزة؛ لأنه مال عين فيكون نصف ربحه له، وفي الخمسمائة التي هي دين عليه فاسدة؛ لأن عندهما وإن صح التوكيل بشراء ما عليه إلا أنه لا تصح المضاربة فيه لأنها دين فكان هذا جمعًا بين مضاربة صحيحة ومضاربة فاسدة فالربح في الصحيحة بينهما، وفي الفاسدة لرب المال فكان للمضارب ربع ربح جميع المال، وهذا يستحق على رب المال أجر ما عمله في النصف الذي فسدت المضاربة فيه. ينظر إن خلط المالين فليس له أجر مثل عمله؛ لأنه عمل في شيء هو شريك فيه، وإن لم يخلط أحدهما في الآخر فله أجر مثل عمله فيما فسدت فيه المضاربة؛ لأنه ليس كشريك فيه، فأمّا إذا شرطا أن يكون للمضارب ثلثا الربح ولرب المال ثلثه والربح بينهما على ما شرطا في قياس قول أبي حنيفة والوضيعة عليهما نصفان؛ لأن عنده لغت المضاربة في النصف وصحت في النصف فصار كأنه قال: اعمل في مالك على أن ربحه كله لك واعمل في مالي على أن لك ثلث الربح.

ولو صرح بهذا كان للمضارب ثلثا ربح الكل والوضيعة على قدر ماليهما فكذا هذا.

وأمّا عندهما: فللمضارب ثلث الربح ولرب المال ثلثه؛ لأن المضاربة في النصف صحيحة وفي النصف فاسدة.

عندهما: وقد شرط ثلثي ربح المالين جميعًا فيكون نصف الثلثين مشروطًا فيما صحت المضاربة ونصفه مشروطًا فيما صحت المضاربة ونصفه مشروطًا فيما فسدت فما كان من الصحيحة فبينهما على الشرط وذلك ثلث الكل، وما كان من الفاسدة فكله لرب المال، وأمّا إذا شرطا لرب المال ثلثي الربح وللمضارب ثلثه فعنده الربح بينهما نصفان؛ لأنه صحت المضاربة في نصف المال ولغت في نصفه فصار كأنه قال اعمل في مالي ليكون ربحه كله لي، وأنه استعانة منه إياه واعمل في

مالك ليكون ثلث الربح لي ولم يصح هذا الشرط؛ لأنه شرط لنفسه ربح مال غيره من غير عمل ولا رأس مال وهذا لا يجوز، وعندهما للمضارب سدس الربح والباقي لرب المال؛ لأن نصف الربح فيما فسدت المضاربة لرب المال وفيما صحت بينهما أثلاثا على الشرط.

(باب جحود المضارب مال المضاربة)

(النوادر): وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا جحد المضارب ثم أقر بألف مضاربة فهو ضامن للمال؛ لأنه أمين جحد الأمانة في عقد غير لازم بخلاف المستأجر إذا جحد الإجارة لا يضمن ما لم تمض المدّة؛ لأن الإجارة عقد لازم فلا يرتفع بالجحود، وكذلك لو جحد شيئًا من الدين ثم أقر به ثم قال لم يصل إلي ضمن ما جحد من الربح وذكر في موضع آخر إذا أقر بالمضاربة وبالربح ثم مات مجهلًا يضمن رأس المال ولا يضمن الربح.

قال مشايخنا: ليس بين المسألتين فرق ولكن فيهما اختلاف الرواية، فما ذكر في الجحود أنه يضمن يكون رواية في التجهيل أنه يضمن، وما ذكر في التجهيل أنه لا يضمن يكون رواية في الجحود أنه لا يضمن. فوجه الرواية التي قال أنه يضمن بالجحود والتجهيل فوق إمكان الأخذ على صاحب الدين على التأبيد، فإنه ليس لإمكان الأخذ وقت معلوم فكان بمنزلة الإبراء، وجه الرواية التي لا يضمن أن الجحود والتجهيل بمعنى التأجيل، فإن الدين لم يسقط بالجحود والتجهيل عن ذمة المديون بل بقي في ذمته على حاله إلا أنه يعذر لرب المال مطالبة المديون ما لم يقر المضارب أو يبرئ الورثة من عليه الدين، وأشبه من هذا الوجه التأجيل والمضارب لا يضمن بالتأجيل بخلاف المودع إذا جحد الوديعة ثم أقر يضمن؛ لأن الجحود يضمن فسخًا لعقد الأمانة فحين عاد إلى الوفاق عاد، والعقد مرتفع فلا يعود أمينا، فإن اشترى بها مع الجحود فهو مشترٍ لنفسه؛ لأنه لما صار ضامنًا ارتفع حكم المضاربة، والعقد متى ارتفع لا يعود إلا بتجديد سببه.

ولو اشترى بعد الإقرار يكون مشتريًا لنفسه قياسًا؛ لأن بالإقرار بعد الجحود لا

يرتفع الضمان، فيكون على المضاربة استحسانًا ويبرأ من الضمان؛ لأن الأمر بالشراء قائم مع الجحود، فإن الضمان لا ينافي الأمر كما لو أمر الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الأمر، وإن كان المحل مضمونا عليه، فإذا اشترى بموجب الأمر، وقع الأمر ومن ضرورة وقوعه للأمر انتفاء الضمان كالغاصب إذا باع بإذن المالك وسلم، وكذلك لو كان مأمورا بشراء عبد يعتبر عينه ودفع إليه ألفًا فجحد ثم اشترى ثم أقر لم يبرأ عن الضمان والتبرؤ واقع له، ولو كان مأمورا بشراء عبد بعينه فاشترى مع الجحود ثم أقر بالعبد للآمر؛ لأن الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يقع الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء.

قال أبو يوسف في المأمور يبيع العبد إذا جحد وادعاه لنفسه ثم أقر فباعه فالبيع جائز للأمر وبرئ عن الضمان، وكذلك المأمور بالهبة والإعتاق لأن الأمر قائم؛ لأن الضمان لا ينافي الأمر، وكذلك لو باع العبد أو أعتقه أو وهبه ثم أقر بعد البيع لزم الآمر لأنه لا يملك أن يبيعه ويعتقه لنفسه فوقع الأمر كالمأمور بشراء عبد بعينه.

وعن محمد: لو قال المضارب: هذه الألف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح فسكت، ثم قال عليّ دين لفلان قبل قوله؛ لأنه يجوز أن يقال هذا المال ربح، وإن كان فيه دين وهو يملك الإقرار بالدين فلم يكن إقراره بالدين رجوعا عمّا أقر به من الربح.

وقال الحسن: إن وصل قبل وإن فصل لم يقبل وهذا يقاس قول أبي حنيفة؛ لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين فتكون دعوى الدين رجوعًا عما أقر به فلا يقبل، فأما إذا كان موصولًا فالكلام لم يتم بعد، فكان إقراره بالدين بمعنى الاستثناء.

(**المبسوط**): ولو قال المضارب: ربحت القائم، قال: لم أربح إلا خمسمائة ضمن الخمسمائة الذي جحدها، ولا يضمن الباقي؛ لأن الربح أمانة في يده فإذا جحده صار غاصبًا بقدر ما جحده.

ولو قال المضارب لرب المال: دفعت إليك رأس المال والذي في يدي ربح، ثم قال: لم أدفع ولكنه هلك فهو ضامن بدعوى الدفع إليه صار جاحدًا فصار ضامنًا كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة، ثم أقر أنه لم يرد ولكنه هلك.

ولو اختلفا في الربح فقال رب المال: شرطت الثلث وادعى المضارب النصف ثم هلك المال فعليه ضمان السدس؛ لأن القول قول رب المال في قدر المشروط لما تبين والزيادة على المشروط وهو السدس قبضه لنفسه فصار ضامنًا ولا يضمن ما سوى ذلك.

(باب إقرار المضارب في المرض أو مات وعليه دين)

مات المضارب وعليه دين ومال المضاربة دراهم وكان رأس المال دراهم، فإن كانت المضاربة وحصته من الربح معروفة بدأ برب المال يأخذ رأس ماله وحصته من الربح؛ لأنه أمانة معروفة في يده، والدين لا يتعلق بالأمانة كما لو كانت وديعة عنده معروفة لغيره كان لصاحب الوديعة أن يأخذها، فإن قال لغرماء الدين في المضاربة ولربهم وكذبهم رب المال فالقول له مع يمينه على علمه؛ لأن ينكر تعلق حقهم بماله، وإن كان مال المضاربة عروضا أو دنانير فلوصيه أن يبيعها دون رب المال، وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا، وذكر في المضاربة الصغيرة يبيعها وصي المضارب ورب المال؛ لأن الوصي قائم مقام المضارب في جميع ما كان له، وللمضارب في هذا المال حق التصرف ولرب المال حقيقة ملك فلا ينفرد أحدهما ببيعه حتى يجمعها وجه رواية المضاربة الكبيرة أن المضارب حال حياته كان أحق ببيعه من رب المال، وكان البيع حقا مستحقا له، وكان يملك تفويض بيعه إلى غيره حال حياته فكذلك يملك تفويضه بعد موته إلى من يقوم مقامه لا يصح إلا بضمان كما يصح بغيره من حقوقه، وإن كانت المضاربة لا تعرف بقيمتها فرب المال أسوة الغرماء في جمع تركته؛ لأن المضاربة كانت أمانة معروفة عند المضارب وقد صار مجهلًا لها فصار ضامنًا؛ لأنه استهلك الأمانة بالتجهيل كالمودع إذا مات مجهلًا للوديعة فصار مال المضاربة دينًا عليه كسائر الديون وهذا الدين، وإن وجب بالتجهيل في آخر جزء في حياته لكن سببه وجد في حالة الصحة وهي المضاربة، فإن المضاربة حالة الصحة كانت ظاهرة والدين وجب بسببه والدين متى وجب على المريض بسبب ظاهر في حالة الصحّة، فإنه يساوي دين الصّحة. أقر

المضارب عند موته أنه ربح ألفًا ومات فالمضاربة غير معروفة وللمضارب مال فيه وفاء بالمضاربة والربح فرب المال يأخذ من مال المضاربة رأس ماله ولا شيء له من الربح؛ لأنه عرف كون رأس المال في يده وقع الشك في زواله عن يده، فإنه يجوز أنه اشترى برأس المال شيئًا ولم يسلم رأس المال فلا يثبت زوال يده بالشك فبقيت يده قائمة على رأس المال وقت موته وقد صار بترك البيان مجهلًا للأمانة فصار ضامنًا، فأمّا الربح لم يكن في يده في الأصل وقع الشك في وصوله إلى يده إن قبضه يثبت يده على الربح وإلا فلا فلم يثبت يده عليه بالشك ما لم يقر بقبض الربح وتجهيل ما ليس في يد المجهل لا يوجب ضمانًا عليه كمن عرف مال إنسان في مكان فلم يخبر صاحبه لا ضمان عليه.

ولو كان أقر أن الربح وصل إليه أخذ رب المال حصته منه مع رأس المال؛ لأنه أقر بثبوت يده على الربح، فإنه أمانة في يده وقد ضيعه بالتجهيل فصار دينًا عليه.

(فصل)

ولو قال المضارب في مرضه: قد ربحت فيه ألفًا وقد وصلت إلي فضاع المال كله وكذبه رب المال فلرب المال أن يحلف ورثته على علمهم بضياع المال لأنه ادعى دينًا على مورثهم بسبب الحجر وأنكر الوارث فله استخلافه على العلم؛ لأنه استخلاف على فعل الغير، وكذلك لو قال في مرضه: قد دفعت إليه رأس المال وحصته من الربح إلا أن رب المال يأخذ حصة المضارب من الربح فيكون له من رأس ماله؛ لأن الأمين يصدق فيما يدعي من براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق في استخلاص شيء من المال لنفسه؛ لأنه مدعٍ، وهنا يدعي أن جميع ما في يده له خاصّة فلا يصدق في ذلك فلم يظهر من مال المضاربة إلّا هذا القدر فيستوفي رب المال رأس ماله منه، وإن كان معه غريم يحاصّ الغرماء بحصة المضارب من الربح؛ لأنّه غير مصدق على الغرماء فيما يدعي من استخلاص ما في يده لنفسه من الربح فلم يظهر من مال المضاربة إلا هذا القدر، فإذا مات مجهلًا للمضاربة صار ضامنًا هذا القدر لرب المال فيحاصّ بهذا القدر مع غرمائه.

ولو قال: لفلان ألف مضاربة وهي في هذا الصندوق ولفلان ألف عليّ فلم يوجد في الصندوق فالتركة بين رب المال والغريم بالحصة؛ لأنه وقع الشك في كون المال في الصندوق وقت الإقرار فلم يصح التعيين بالشك فحصل مقرا بأمانة يعتبر عينها ثم بالدين فصار كما لو أقر بوديعة بغير عينها ثم بالدين فهما سيَّان، إلا أن الإقرار بوديعة بغير عينها إقرار بالدين؛ لأنه لا يمكن لصاحب الوديعة أخذ المال؛ لأنه تعلق به حق الغريم، فإن وجد في الصندوق كان هو أولى به؛ لأنه أقر بمضاربة بعينها ثم بالدين؛ لأنه أضاف الإقرار إلى الألف في الصندوق فلا يتعلق الدين بالمضاربة؛ لأنه ملك العين بإقراره فيرجح إقراره له على إقراره للغريم، وذكر في المضاربة الصغيرة إذا لم يشهد الشهود أن هذه الألف كانت في الصندوق يوم الإقرار فلم يثبت ملكه في هذا المال فلا يكون أولى من الغرماء.

وإن وجد في الصندوق ألفان فلرب المال ألف خاصة والثانية بين الغرماء مختلطة كانت الألفان أو غير مختلطة؛ لأنه أقر بمضاربة بعينها؛ لأنه أقر بألف في الصندوق لرب المال وفي الصندوق ألف كما أقر به فصح التعيين ولم يوجد ما يقطع حق رب المال عن العين؛ لأنه لا يعلم أن الميت خلطهما ليصير حقه دينًا، وإنما ثبت الاختلاط والاختلاط ممَّا لا يقطع حقه عن العين، فإن علم أن المضارب هو الذي خلط المال بغير أمر رب المال كان المال بينهم بالحصص في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه استهلك بالخلط فضمنها، وعندهما نصفه لرب المال ونصفه للغرماء؛ لأن عندهما الحق لا ينقطع عن العين بالخلط فيصير المخلوط مشتركا دفع إلى رجلين ألفًا مضاربة فمات أحدهما فقال الآخر: هلك المال صدق في نصيبه؛ لأنه أمانة في يده، وكان نصيب الآخر دينًا في ذمته وتركته لأنه صار مضيعًا للأمانة بالتجهيل فصار ضامنًا، ولا يصدق الحي في إسقاط ضمان وجب على صاحبه بسبب التجهيل لأنه شاهد والحكم لا يقطع شهادة الفرد، فإن علم أن الميت أودع نصيب صاحبه يصدق في الكل؛ لأن جميع المال أمانة عنده فقبل قوله في أنه هلك والميت لم يجهل الأمانة، فإنه عرف مكان الأمانة لما كان الإيداع من الأجنبي.

ولو قال: دفعت ذلك لصاحبي كان مصدقا مع يمينه وكان دينًا في مال صاحبه،

قال عيسى بن أبان: ينبغي أن لا يصير دينا؛ لأنه مصدق في براءة نفسه لا في إيجاب الضمان على الميت، وهذه الرواية مذكورة في الشركة. وجه رواية هذا الكتاب أن المضارب الحي مؤتمن مودع من جهة الميت مسلط على الرد، والمودع مصدق مطلقًا فيما أجبر عما سلطه عليه؛ لأن المؤتمن صدقه بحكم الائتمان في الإخبار عما سلطه عليه ولم يتمكن بهمه في خبره، فإنه لم يجر إلى نفسه، فإنه لم يدع لنفسه شيئًا فيكون إقرار المؤتمن بالدفع والرد بمنزلة إقرار الميت بقبضه ثم مات مجهلًا للوديعة فيضمنها بخلاف مسألة الشركة وهي ما لو أودع أحد المتفاوضين شيئًا من مال المفاوضة احتسبا فمات الشريك المودع فقال المودع دفعت إليه الوديعة، فإنه يصدق في براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق في إيجاب الضمان على الميت؛ لأن ثمة لو كان الميت أقر في حال حياته أنه قبض ثم مات مجهلًا لم يضمن؛ لأن جميع ماله مشترك بين الحي والميت لا يختص أحدهما بشيء مما في يده فلا يتحقق التجهيل. أقر المضارب بدين في المضاربة لمن لا تقبل شهادته أو لمكاتبه أو عبده وعليه دين أولًا لزمه في ماله خاصة عند أبي حنيفة إلا ما أقر لعبده ولا دين عليه، فإنه لا يلزمه، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله، وفي رواية المضاربة الصغيرة إن كان في المضاربة فضل لزمه ما أقر به في حصته، وعندهما يصح إقراره لهم إلا لعبده أو لمكاتبه بناء على أن بيع المضارب من هذه لا يجوز عنده فكذلك إقراره، وعندهما يجوز بيعه من هؤلاء إلا من العبد والمكاتب فكذلك إقراره.

ثم فرق أبو حنيفة بين إقرار المضارب وهؤلاء وبين ما إذا أقر لنفسه بدين في المضاربة، فإنه يجوز، والفرق أن مطلق الإقرار بدين في المضاربة إقرار بالتجارة؛ لأن المضارب لا يملك في المضاربة إلا التجارة وقد لحقه الحجر عن التجارة في حق هؤلاء فكذا لحقه الحجر عن الإقرار الذي ينبني على التجارة، فأما دين المضارب في مال المضاربة إنما يثبت بأن يشتري شيئًا من الآخر وينقد من مال نفسه ولم يلحقه الحجر في حق الشراء من الأجنبي فكذا في الإقرار الذي يبنى عليه والله أعلم.

(باب قسمة المضاربة)

أصله: أن قسمة الربح قبل قبض رب المال رأس ماله موقوفة إن قبض رأس المال صحت القسمة، وإن لم يقبض بطلت؛ لأن حال المقسوم موقوف متردد إن وصل رأس المال إليه كان المقسوم ربحًا، وإن لم يصل إليه وهلك في يد المضارب ظهر أنه لم يكن المقسوم ربحًا؛ لأنّه متى هلك شيء من مال المضاربة، فإنه يصرف الهلاك إلى الربح، ومتى كان الهالك ربحًا ظهر أن المقسوم كان رأس المال ولم يكن ربحًا فكانت قسمة الربح باطلة؛ ولأن الربح فضل عن أصل المال ولا يتحقق الفضل إلا بعد سلامة الأصل ووصوله إلى رب المال بتمامه.

ولو اقتسما الربح وهو ألف ومال المضاربة ألف قائم في يد المضارب ثم هلك ما في يد المضارب فالقسمة باطلة وما قبضه رب المال كان رأس المال ويرد المضارب عليه ما أخذه، ولو هلك في يده يضمنه؛ لأن بهلاك ما في يد المضارب ظهر أن المقسوم كان رأس المال، ولم يكن ربحًا وصار رب المال قابضًا نصف رأس ماله والمضارب قبض نصف رأس المال لنفسه بغير إذن رب المال؛ لأنه قبضه ليتملكه، ورب المال إنما أذن له بتملكه بشرط أن يكون المأخوذ ربحًا، فإذا ظهر أنه لم يكن ربحًا بل كان رأس المال لم يكن راضيا بالتملك فصار المضارب غاصبا.

ولو كان الربح ألفين فأخذ كل واحد ألفًا من الربح ثم ضاع رأس المال فالألف الذي قبض رب المال رأس ماله ويضمن له المضارب نصف الألف التي أخذها؛ لأنه ظهر أن ما أخذه المضارب كان ربحًا مشتركًا بينه وبين رب المال، وقد قبضها للتمليك فصار ضامنًا، فإن استوفى رأس ماله ثم اقتسما الربح ثم دفع رب المال ذلك نصيبه إلى المضارب فقال اعمل على المضاربة التي كانت، فإن ربح أو وضع فلا تنتقض القسمة الأولى؛ لأن هذه مضاربة مستأنفة؛ لأن المضاربة الأولى قد انقطعت وانتهت نهايتها متى اقتسما وقبض رب المال رأس ماله، وهلاك المال في المضاربة المستقبلة لا تبطل القسمة السابقة، وإنما يريد بقوله على المضاربة التي كانت أي على الشرط الذي كان في الأولى.

ولو ربح ألفين فأخذ رب المال رأس ماله ألفًا، وأخذ المضارب حصته من الألفين ألفًا ولم يأخذ رب المال حصته من الربح حتى هلك رد المضارب نصف ما أخذ من الربح؛ لأن القسمة فيما يكال ويوزن تنتقض متى هلك أحد القسمين قبل القبض؛ لأن في القسمة معنى المعاوضة فلا يسلم لأحدهما حصته ما لم يسلم للآخر ما بإزائه ومتى انتقضت القسمة صارت كأنها لم تكن، فما ضاع من الربح يضيع عليهما وما بقي يبقى مشتركا بينهما، وإن هلك ما أخذه المضارب يهلك من ماله؛ لأن القسمة لا تنتقض بهلاك المقبوض من أحد النصيبين؛ لأنه بالقبض سلم له حصته فينبغي أن يسلم للآخر حصته وهذا كمن اشترى عبدًا بجارية فقبض العبد وهلك في يده ولم يسلم الجارية لا ينتقض البيع وعليه أن يسلم الجارية إلى مشتريها.

ولو هلكت الجارية قبل التسليم ينتقض فكذا هذا. اقتسما الربح ثم اختلفا في رأس المال فقال المضارب: دفعت إليك رأس المال ثم اقتسمنا وقال رب المال: ما دفعت إلي رأس المال فالقول لرب المال والبينة للمضارب؛ لأن المضارب بدعوى رد رأس المال يدعي استخلاص ما قبضه من الربح لنفسه، وانقطاع شرط رب المال فيه وأنكر رب المال ذلك فيكون القول له؛ لأن قول الأمين مقبول في حق إسقاط الضمان عن نفسه برد الأمانة، ولا يقبل فيما يدعي لنفسه بالاستخلاص ما في يده لنفسه؛ لأن القول قول المضارب في ردّ رأس المال ويقول القول لرب المال فيما يدعي انقطاع الشركة في الربح وخلوصه لنفسه، ولهذا قالوا يحلّف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأنّ كل واحد منهما حصل مدعيا ومدعى عليه، ولا يكون إقرار رب المال بقسمة الربح إقرارًا بقبض رأس المال؛ لأن الربح قد يقسم قبل قبض رأس المال؛ لأن العرف فيما بين التجار أنهم يحسبون المال مع الشركاء ويقتسمون الربح ويتركون رأس المال على حاله، وإن أقام كل واحد البينة على إقرار الآخر بما يدعي فالبينة للمضارب؛ لأن بينته أكثر إثباتًا لأنها قامت على نفي الرد صورة ومعنى، وعلى استخلاص ما قبضه لنفسه وبينة رب المال قامت على نفي الرد صورة. دفع مضاربة بالنصف فاشترى به وباع وربح أولا واشترى عرضًا

ولم يبعه حتى زاد رب المال له في الربح شيئًا أو هو حط ثم ربح بعد ذلك ويقسمان عليه حصل الربح قبله أو بعده؛ لأن الزيادة والحط تجوز حال قيام العقد ولأن الشرط الثاني نقض الشرط الأول فصار كأنهما باشرا العقد على الشرط الثاني، ولو اقتسما ثم زاد أحدهما أو حط فكذلك.

وعن محمد: أنه يجوز الحط دون الزيادة؛ لأن المعقود عليه في جانب المضارب عمله، والعمل قد انقضى فلا يجوز الزيادة في بدل العمل بعد فواته، كما لا يجوز الزيادة في الأجرة والثمن بعد انقضاء الإجارة وهلاك المبيع بخلاف الحط؛ لأنه ليس ببدل عن شيء؛ لأن رب المال يستحق الربح لا عوضًا عن شيء. وجه ظاهر الرواية أن معنى الشركة في المضاربة راجحة؛ لأنّها أوجبت شركة في الربح فصحت الزيادة في الجانبين بعد انقضاء العمل كما في الشركات تجوز الزيادة من أحد الشريكين لصاحبه بعد القسمة وارتفاع الشركة فكذا هذا.

(**المنتقى**): عن أبي يوسف: لو دفع إلى رجل ألفًا مضاربة بالنصف ثم أخذ رب المال من المضارب شيئًا فشيئًا من المضاربة لنفقته والمضارب يعمل ببقية المال ويربح ثم حاسبا، فإنهما يحسبان رأس المال ألفًا والربح نصفين، ولا يكون ما أخذه للنفقة نقصانًا من رأس المال، لأنا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة وهما لم يقصدا الإبطال فيجعل رأس المال فيما بقي عنه وما أخذه رب المال بمنزلة دين على أجنبي. رجل دفع إلى رجل ألفًا مضاربة فربح فيها ألفًا فقال له رب المال: ادفع إلي رأس مالي وما بقي فهو لك لا يجوز ذلك؛ لأنها هبة مجهولة إذا كان المال قائما بعينه، وإن كان مستهلكًا فهذه براءة له مما كان عليه وهي جائزة.

(باب الاختلاف في شرط الربح أو في قدر رأس المال والرّبح)

أصله: أنهما متى اتفقا على ما يكفي لصحة المضاربة وادعى أحدهما شرطًا

يوجب فساد المضاربة فالقول لمن يدعي جوازها، ويكره الشرط الزائد كما لو اتفق البائعان على البيع، وادعى أحدهما شرطًا زائدًا يوجب فساده فالقول لمن ينكر الشرط، وإن اختلفا في نوع العقد فالقول قول رب المال، وإن كان ما يدعيه عقدًا فاسدًا؛ لأنه هو المملك، كما لو ادعى صاحب الدار الإجارة القائمة وادعى الآخر الشراء منه فالقول قول المالك؛ لأنه هو المملك فكذا هذا.

ثم مسائله على فصول:

فصل في الاختلاف في الشرط.

وفصل في الاختلاف في رأس المال والربح.

وفصل في الاختلاف في نوع العقد.

(فصل)

ولو اختلفا في قدر ما شرطا من الربح للمضارب فالقول لرب المال مع يمينه لأنهما اتفقا على المضاربة، والمضارب ادعى زيادة شرط الربح وأنكره رب المال كان القول له.

ولو أقاما البينة فالبينة للمضارب؛ لأنه أثبت زيادة شرط في الربح، وكذلك إن أنكر رب المال شرط الربح وادعى المضارب شرط نصف الربح فللمضارب أجر المثل لأنهما اختلفا في نوع العقد؛ لأن رب المال ادعى إجارة فاسدة؛ لأنه لم يقر بما يكفي لصحّة المضاربة، وكان مقرا بمضاربة فاسدة، والمضاربة إذا فسدت كانت إجارة فاسدة والمضارب ادعى المضاربة، والمضاربة مع الإجارة عقدان مختلفان فكان القول قول صاحب المال.

ولو قال المضارب: شرطت لي ثلث الربح، وقال رب المال: شرط لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم فلك أجر المثل فالقول للمضارب والبينة لرب المال؛ لأنهما اتفقا على المضاربة، فإن رب المال أقر بما يكفي لصحة المضاربة، فإنه أقر أنه شرط له ثلث الربح إلا أنه ادعى زيادة شرط يفسد العقد فلا تقبل دعواه إلّا ببينة كما لو اتفقا على البيع وادعى أحدهما شرطًا زائدًا يفسد البيع بخلاف ما لو قال

رب المال: شرطت لك من الربح مائة، وقال المضارب: شرطت لي ثلث الربح؛ لأنه أقر بالمضاربة الفاسدة؛ لأنه لم يقر بما يكفي لصحة المضاربة فكان مدعيا إجارة فاسدة، والمضارب ادعى المضاربة فقد اختلفا في نوع العقد فكان القول لصاحب المال.

ولو قال رب المال: شرطت ثلث الربح إلا عشرة دراهم، فالقول له وللمضارب أجر المثل؛ لأن المتكلم مع الاستثناء متكلم بما وراء المستثنى، فصار المضارب مدعيا تمام الثلث ورب المال ينكر فالقول له.

ولو قال رب المال: شرطت الثلث، وقال المضارب: ما شَرطتَ لي الربح، ولم يربح شيئًا، فالقول لرب المال والبينة بينته أيضًا؛ لأن رب المال ادعى مضاربة جائزة والمضارب ادعى مضاربة فاسدة فكان مدعيا إجارة فاسدة، فقد اختلفا في نوع العقد فكان القول لرب المال والبينة بينته لأنها قامت على إثبات الشرط، وبينة المضارب قامت على صورة النفي فكانت المثبتة أولى.

وكذلك لو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح، وقال المضارب: شرطت لي ربح مائة فلي أجر المثل، فالقول لرب المال لما بيّنا والبينة بينة المضارب فرق بين هذا وبين المزارعة.

ولو أقام رب الأرض والبذر أنه شرط للمزارع نصف الخارج، وأقام المزارع بينة أنه شرط مائة قفيز فالبينة بينة صاحب الأرض، والفرق أن في المضاربة: البينتان استوت في الإثبات، فإن كل واحد منهما أثبت شرطًا ببقية بينة الآخر وترجحت بينة المضارب بإثبات أجر المثل؛ لأنها قامت على أنه شرط له مائة درهم وهو يستحق هذا الشرط؛ لأنه أثبت اشتراط الدراهم وفي أجر المثل دراهم فكانت بينة قائمة على إثبات الشرط حقيقة، وتحتها إيجاب أجر المثل على كل حال فصارت أولى من بينة رب المال وتحتها بقي أجر المثل، فأمّا في المزارعة بينة العامل قامت على اشتراط عشرة أقفزة وهو لا يستحق عشرة أقفزة بحال وإنما يستحق أجر المثل دراهم أو دنانير جهدًا بقي معنى فصار كأنه أقام البينة على أنه لم يشترط له شيئًا وقد بقي الشرط معنى حتى أقام العامل بينة أنه شرط له مائة درهم وأقام رب الأرض بينة

أنه شرط له نصف الخارج فبينة العامل أولى كما في المضاربة.

(فصل)

وإذا اختلفا في قدر رأس المال وفيما شرطا له من الربح فقال رب المال: رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح، وفي يده ألفان فالقول قول المضارب في قدر رأس المال والقول لرب المال مما شرط من الربح.

وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولا: القول قول رب المال فيهما، وهو قول زفر؛ لأنهما اتفقا أن جميع المال مال المضاربة والمضارب يدعي زيادة الاستحقاق في الربح ورب المال ينكر فالقول قوله.

لنا: أن الاختلاف وقع في مقدار مقبوض ملك العين والقابض أحق بمعرفته فيكون القول للقابض؛ لأنه ينكر زيادة القبض، فإنه لو أنكر القبض أصلًا كان القول له فكذا إذا أنكر بعضه بخلاف الربح؛ لأنه يستفاد بشرط رب المال، فإنه لو لم يشترط الربح لم يستحقه المضارب فيكون القول له، وتقبل بينة كل واحد منهما على ما ادعى من فضل، فإن كان المال ثلاثة آلاف وأقاما البينة فالنفقة بينة المضارب على ما ادعى من الربح في الألف الفاضلة على الألفين؛ لأنها أثبتت زيادة شركة في الربح نفاها عنه رب المال.

ولو جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال: ألف من رأس المال وألف ربح وألف بضاعة أو وديعة أو دين، فالقول في البضاعة والوديعة والدين قول المضارب؛ لأن المال في يده، والقول قول صاحب اليد مع يمينه. دفع إلى رجلين بالنصف فجاءا بثلاثة آلاف فقال رب المال: كان رأس مالي ألفين والربح ألف، فصدقه أحدهما وقال الآخر: بل ألف رأس المال يأخذ رب المال ألفًا من رأس المال من أيديهما لتصادقهما عليه واعترافهما به ويأخذ أيضًا خمسمائة من المصدّق؛ لأنه أقر بأنه رأس المال لا حق له ولا لصاحبه فيها فيدفعها إلى رب المال ويقاسم الآخر خمسمائة مما في يده أثلاثا لرب المال ثلثاها وللمضارب ثلثها.

طعن عيسى وقال: ينبغي أن يكون نصفين؛ لأن المضارب المنكر يقول إنه وصل من الألف المختلف فيها خمسمائة إلى رب المال وإنها نصيبه من الربح من هذه الألف بقي في يدي منها خمسمائة فهي حقي وحق المضارب المقر، بينهما نصفان وقد صار نصيب المضارب المقر لرب المال بإقراره له وقام رب المال مقامه كمن أقر لفلان بألف، وقال المقر له لفلان آخر يقوم المقر له الثاني مقام الأول فكذا هذا، فصار المنكر مقرًا لرب المال بنصف ما في يده. والجواب عنه أن الخمسمائة التي أخذها رب المال من المضارب المقر رأس ماله ولم يكن ربحًا؛ لأن رب المال مع المضارب المصدق تصادقا أنه رأس المال وإقرار ذي اليد بما في يده مقبول ولم يثبت كونها ربحًا بقول المضارب المنكر لأنها لم تكن في يده، والإقرار لا يقبل على ما في يد غيره وكان الربح الخمسمائة التي في يد المنكر لا غير؛ لأنه أقر بمائة ربحًا وهو مصدق فيما في يده وكذبه المقر في هذا الإقرار فسقط حقه عن ملك الخمسمائة وخرج من الوسط فيقسم الملك أثلاثا، كعبد في يدي رجل فقال لرجلين: هذا العبد بيني وبينكما أثلاث فكذبه أحدهما فالعبد بين المقر والمصدق نصفان؛ لأنه خرج المكذب من الوسط فكذا هذا ويقتسمون الألف الباقية ربحًا بينهم أرباعًا خمسمائة لرب المال، ولكل مضارب مائتان وخمسون ثم يضم نصيب المضارب المقر بألفين إلى نصيب رب المال فتصير سبعمائة وخمسين يأخذ منهما رب المال تمام رأس ماله إلى ألفي درهم وهي مائة وستة وستون وثلثان وما بقي بينهما أثلاث فحصل لرب المال ألف رأس المال وخمسمائة ربحًا لا غير افهم بذلك وخمسمائة من جهة المقر ومائتان وخمسون نصيب المقر من الربح وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث من المنكر فجملته ألفان وخمسمائة وثلاثة وثمانون وثلث.

(فصل)

دفع مالًا فربح فقال العامل إنه قرض وقال رب المال: بضاعة أو مضاربة فاسدة أو صحيحة فالقول لرب المال والبيّنة بينة المضارب؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد

فيكون القول للمالك؛ لأنه هو المملك فيكون منكرا للتمليك بتلك الجهة، فإن هلك المال في يد المضارب بعد هذا القول فيضمن الأصل والربح؛ لأنه ادعى ما كان أمانة عنده لنفسه لأنا متى جعلنا القول قول رب المال كان العامل أمينا فصار جاحدًا للأمانة، والأمانة تضمن بالجحود إلّا إذا قال رب المال دفعت المال إليه مضاربة بالثلث، فإنه لا يضمن إلا ما وراء الثلث؛ لأن قدر الثلث ملك العامل في زعمهما فلا يضمنها بالدعوى لنفسه فأما ما وراء الثلث كان أمانة في يده فيضمنه بالجحود.

ولو قال رب المال: هو قرض فادعى القابض المضاربة، فإن كان بعدما تصرّف فالقول لرب المال والبينة بينته والمضارب ضامن؛ لأن العامل أقر بسبب موجب للضمان وهو العمل في ماله، فإن التصرف في مال الغير موجب للضمان ثم ادعى الإذن لإبرائه عن الضمان والإذن بالعمل لم يثبت؛ لأن صاحب المال يدعي القرض والمستقرض لا يعمل بإذن المقرض وإنما يتصرف بحكم ملكه، والبينة بينة رب المال لأنها أكثر بيانًا لأنها أثبتت ضمانا على القابض وبينة القابض أثبتت شركة في الربح والضمان آكد وألزم من الشركة في الربح؛ ولأن العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض؛ لأن القرض يرد على المضاربة والمضاربة لا ترد على القرض فإنه يجوز أن يكون مضاربة ثم يجعله قرضا فتقدم المضاربة لإمكان العمل بالبينتين وإن كان لم يتصرف فالقول له ولا ضمان عليه لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض وصار كأنه قال أخذت منك هذا المال وديعة وقال رب المال: أخذته قرضًا وقد هلك المال في يده قبل التصرف لا يضمن؛ لتصادقهما أن القبض حصل بإذن المالك وديعة أو قرضا، فكذا هذا.

ولو قال رب المال: أخذته غصبًا، وقال القابض: دفعته مضاربة وضاع قبل العمل لا يضمن وبعد العمل يضمن؛ لأن قبل العمل لم يقر القابض بالغصب؛ لأن الغصب نقل وتحويل ولم يقر القابض بالنقل والتحويل منه، بل قد يكون بتحويل رب المال ونقله إليه، وصار كما لو قال المودع: دفعته إلي، وقال رب المال: أخذته غصبا ثم هلك، قبل العمل لم يضمن.

فامّا العمل في مال الغير موجب للضمان إلا أن يثبت الإذن ولم يثبت لإنكار رب المال، كما لو قال: أكلت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال والبينة للمضارب في الوجهين؛ لأنهما أكبر إثباتا لأنها أثبتت المضاربة وإذنا بالقبض والعمل وأوجبت الشركة في الربح وبينة رب المال تنفي ذلك، ولكنها أوجبت ضمانًا على القابض لا غير؛ ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه غصب ثم دفع مضاربة؛ لأن المضاربة ترد على الغصب، فأما المضارب لا يصير غاصبًا لمال المضاربة إلا بالخلاف ورب المال لم يدع غصبًا على المضاربة بل ادعى غصبًا ابتداء.

ولو قال: أخذته منك مضاربة يضمن في الوجهين؛ لأنه أقر بأخذ المال وأنه غصب إلا أنه ادعى أنه بإذن المالك ولم يثبت الإذن؛ لإنكار صاحب المال فضمن، كما لو قال المودع أخذته وديعة وقال صاحب المال: لا بل أخذته غصبًا. دفع إلى رجلين ألفًا مضاربة بالنصف فجاء بألفين خمسمائة بيض وخمسمائة سود فقال أحدهما الخمسمائة البيض وديعة لفلان عندنا، أو يقول هي دين له، أو يقول ملكه والخمسمائة السود ربح وقال الآخر: الألف كلها ربح، فهذه على أوجه:

إما أن كان المال كله في أيديهما، أو كله في يد المنكر، أو كله في يد المقر، أو الخمسمائة البيض في يد المقر الثاني، أو في يد المنكر أو على العكس.

فإن كان المال في أيديهما يأخذ رب المال رأس المال الضامن السود لاتفاقهم أن ألفا من السود رأس المال ويأخذ المقر له نصف البيض التي في يد المقر؛ لأن الخمسمائة البيض في أيديهما وإقراره مقبول فيما في يده لا فيما في يد غيره، ويقسم ما في يد المنكر من البيض بينه وبين رب المال أثلاثا سهمان لرب المال؛ لأن المقر أسقط حقه عنه حين قال: هو وديعة أو دين لفلان ولا حق له في ذلك وإقراره بأنه لا حق له في ذلك صحيح؛ لأنه على نفسه وإقراره أنه لفلان لا يصح؛ لأنه على غيره ويقسم الخمسمائة السود أرباعا نصفه لرب المال ولكل مضارب ربعه؛ لأنهم اتفقوا أن الخمسمائة السود ربح فيقسم بينهم على قدر حقوقهم.

وكذلك إن كان المال كله في يد المنكر؛ لأن المضارب المنكر للوديعة أقر أن جميع المال في يده مضاربة فصار ذلك إقرارًا منه بأن نصفه في يده ونصفه في يد

صاحبه معنى؛ لأن ما كان من المضاربة فهو في أيديهما فيكون يد المقر في النصف يد صاحبه والمضارب المقر بالوديعة صدقه في أصل اليد؛ لأن اليد على الوديعة للمودع فثبت أصل اليد بتصادقهما على ذلك إن لم يثبت الجهة لاختلافهما فصار نصف البيض في يد المقر معنى فصح إقراره بذلك.

وأما إذا كان المال كله في يد المقر يدفع الخمسمائة البيض إلى المقر له لأنهما في يده حقيقة وحكمًا؛ لأنه أقر أنها وديعة لا مضاربة وما كان وديعة لا يجعل كأنها في أيديهما فصح إقراره بما في يده ويدفع ألفًا إلى صاحب المال؛ لأنه رأس ماله ويقسم خمسمائة أرباعا لما عرف.

وأما إذا كان صاحب البيض في يد المنكر والمقر يقول: لم يودعني بل أودع صاحبي يأخذ المالك رأس ماله والباقي يقسم على أربعة ثم يدفع المقر سهمه من البيض إلى المقر له؛ لأنه ليس للمقر يد على البيض يد حقيقة ولا حكما؛ لأنه متى كان البيض في يد المنكر والسود في يد المقر كان لكل واحد منهما يد حقيقة على بعض مال المضاربة ولا ضرورة إلى أن يجعل ما في يد كل واحد منهما في يد صاحبه حكمًا بخلاف الحقيقة فكان إقراره بشيء من البيض إقرارا بما في يد غيره فلم يصح بخلاف ما إذا كان المال في يد المنكر؛ لأنه جعل كأنه في أيديهما ضرورة أن يكون مال المضاربة في يد المضاربين هذه الضرورة معدومة هنا فلم يجعل المال في يد المقر فلم ينفذ إقراره وتوقف نفاذه إلى أن يصير بعض البيض في يده، فإذا وصل إليه شيء منه يدفع إلى المقر ممن أقر بعبد في يد غيره لرجل ثم ملكه لزمه تسليمه إلى المقر له فكذا هذا، وإن كانت البيض كلها في يد المقر أخذها المقر له لما عرف، فإن جاء بألفين فقال أحدهما: خمسمائة وديعة لفلان خلطناها به وصدقه فلان وأنكر الآخر فهو على ثلاثة أوجه:

إمّا أن كان المال في أيديهما أو كله في يد المقر أو في يد المنكر، فإن كان المال في أيديهما أخذ رب المال ألفه ويأخذ المقر له بالشركة مائتين وخمسين من يد المقر؛ لأن نصف الخمسمائة المختلف فيها في يده ونصفها في يد صاحبه فصح إقراره بما في يده ويقسم النصف الذي في يد المنكر بينه وبين رب المال أثلاثا؛

لأن المضارب أقر أنه لا حق له فيه بأنه للمقر له بالشركة فصح إقراره بأنه لا حق له فيه ولم يصح بأنه للمقر ويقسم الخمسمائة الباقية أرباعًا نصفها لرب المال، ولكل مضارب ربعها ثم حصل للمقر منه وهو مائة وخمسة وعشرون يضمها إلى ما أخذ المقر له ويقسم على خمسة أسهم أربعة للمقر له وسهم للمقر؛ لأن المقر له يقول الألف بعد ألف برأس المال يجب أن يقسم بيننا على ثمانية أسهم أربعة أسهم لي؛ لأن حقي في خمسمائة بإقرارك وأربعة أسهم بين المضاربين ورب المال أرباعًا لكل مضارب ربعه فقد ظهر أن حقك في سهم وهو مائة وخمسة وعشرون وحقي في أربعة، وقد ظلمنا رب المال والمضارب حين جحد الوديعة فيكون الظلم عليّ وعليك؛ لأن المال كان مشتركًا فيجب أن يقسم الباقي بيننا أخماسا.

وإن كان المال كله في يد المقر بالشركة يأخذ المقر له خمسمائة من يده؛ لأنه أقر بأنها للمقر له وأنها في يده حقيقة وحكمًا؛ لأنه رغم أنها وديعة لا مضاربة ولا يجعل نصفه في يد الآخر حكمًا ويأخذ رب المال ألفًا رأس ماله والباقي يقسم أرباعا لما عرف.

وإن كان المال في يد المنكر يأخذ رب المال رأس ماله ألفًا وقسم هو والمضاربان الألف الباقية أرباعا فما أخذ بالمقر فالشركة تكون بينه وبين المقر له أخماسا؛ لأن المنكر وإن زعم أن نصف المال في يد صاحبه لكونه مضاربة لكن المقر بالشركة رد إقراره؛ لأنه زعم أنه لغيرنا وليس بمضاربة في أيدينا وإذا لم يكن للمقر يد عليه لم يجز إقراره فيه.

ولو جاء المضاربان بألفي درهم وقال أحدهما: كان رأس المال ألفًا فشاركنا فلان فجاء بخمسمائة، وخلطنا فعملنا وربحنا خمسمائة أخرى وأنكر الآخر ورب المال والمال في أيديهما يأخذ رب المال ألفًا رأس ماله ويدفع المقر إلى المقر له مائتين وخمسين لإقراره أن الخمسمائة حق المقر له إلا أن نصفها في يده ونصفها في يد صاحبه، ويأخذ المقر له أيضًا ممّا بقي في يد المقر ثلاثة وثمانين وثلثًا ربحًا؛ لأنه زعم أن الخمسمائة الربح مستفادة من المالين ثلثه للمقر له؛ لأنه ما شرط لنا ربحًا، وإنما عملنا في ماله على سبيل البضاعة إلا أن الخمسمائة الربح نصفها في

يده ونصفها في يد صاحبه فتكون في يده من الربح مائتان وخمسون فيصح إقراره بثلث مائتين وخمسين وذلك ثلاثة وثمانون وثلث، ويدفع مما في يد الآخر مثلي ذلك وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث بين رب المال والمنكر أثلاثا؛ لأن المضارب المقر زعم أنه لا حق له في ذلك فخرج من الوسط، ثم يقسم ما بقي في يد المضاربين وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون أرباعا نصفه لرب المال ولكل مضارب ربعه، ثم يجمع ما أصاب المقر وهو ثلاثة وثمانون وثلث إلى ما أخذ المقر له، فيقسم بينه وبين المقر أتساعا تسع للمقر وثمانية للمقر له؛ لأنه أقر له الخمسمائة رأس المال وثلث الخمسمائة الربح وبقي ثلث الخمسمائة الربح بينه وبين صاحبه ورب المال أرباعا فاحتجنا إلى حساب له ثلث ولثلثيه ربع وذلك ستة فيجعل كل خمسمائة ستة، وحصته من الخمسمائة الربح سهمان فلكل مضارب سهم ولرب المال سهمان ففي زعمه أن حقه في ثمانية وحقي في سهم وذلك تسعة وهما شريكان فكان الذاهب من تلك الألف على قدر حقهما والباقي منهما على قدر حقهما.

(باب الاختلاف في عموم المضاربة وخصوصها)

مسائله في وجهين: إمّا أن اختلفا في العموم والخصوص واتفقا على الخصوص واختلفا في جنس العقد، فإن اختلفا في العموم والخصوص بأن قال رب المال: دفعت مضاربة في الطعام خاصّة، وقال المضارب: ما سميت لي تجارة بعينها، فإن كان قبل التصرف لا يكون للمضارب التصرف في العموم؛ لأنه لو نهاه رب المال عن العموم في التصرف صريحًا صح نهيه فكذا هذا، وإن اختلفا بعد التصرف فالقول قول المضارب استحسانًا ولرب المال قياسًا وهو قول زفر ورواية الحسن، لأن الإذن يستفاد من جهة رب المال لو أنكر الإذن أصلًا كان القول له فكذا إذا أنكر البعض وصار كالبضاعة لو اختلف المبضع والمستبضع في عموم الإذن وخصوصه، فالقول لرب المال فكذا هذا. وجه الاستحسان أن مقتضى المضاربة العموم؛ لأن في لفظ المضاربة ما ينبي عن العموم من الضرب في الأرض، والضرب في الأرض كلها إنما يكون للتجارة كلها فمدعي الخصوص ادعى بغير

موجب العقد فلا يصدق إلا ببينة، ومدعي العموم يتمسك بالأصل فيكون القول له بخلاف البضاعة؛ لأنها تنبي عن دفع بعض المال ولا تنبي عن العموم لغة فلم يكن مدعي الخصوص مدعيا تغيير موجب العقد، والإذن مستفاد من جهته فيكون القول له، فإن أقاما البينة على ما قالا أخذ ببينة رب المال، وقت أحدهما أو لم يوقت؛ لأن مدعي الخصوص أثبت ببينته ما ليس بثابت وهو تغيير العقد عن مقتضاه بشرط زائد اقترن به وإن وقتنا وقتًا يؤخذ بينة الوقت الأخير؛ لأن الأول يحتمل الانفساخ وأنه يجوز أنه أذن له عامًّا ثم نهاه عن العموم أو أذن له خاصًّا ثم أذن له عامًّا فيكون الثاني ناسخًا للأول، وانفسخ الأول بالثاني. وأما إذا اتفقا أن العقد وقع خاصا ثم اختلفا في الجنس بأن قال رب المال أذنت لك في البر خاصّة وقال المضارب أذنت له في الطعام فالقول لرب المال؛ لأن الإذن يستفاد من جهته؛ لأنهما اتفقا على تعيين موجب العقد فثبت التعيين باتفاقهما، وإنما اختلفا في صفته فكان القول في صفة العقد قول من يستفاد الإذن منه، وإن أقاما البينة، فإن وقتنا أخذا بالوقت الآخر؛ لأن الشرط الثاني ينقض الأول، وإن وقت أحدهما أو لم يوقتا فالبينة بينة المضارب؛ لأن توقيت أحدهما لا يحصل فائدة؛ لأنه لا يظهر به التقدم والتأخر فجعل كأنهما لم يوقتا فيصير المضارب مدعيا؛ لأنه يحتاج إلى دفع الضمان عن نفسه، ورب المال لا يحتاج إلى الإثبات.

ولو قال المضارب: أمرتني بالنقد والنسيئة، وقال رب المال: أمرتك بالنقد فالقول للمضارب؛ لأن القول قول من يدعي التعميم والبينة بينة من يدعي التخصيص لما بينا.

وكذلك لو قال: أمرتك أن تعمل بالكوفة أو أمرتك أن تشتري، كذا وقال المضارب العموم، وكذلك لو اختلفا في المنع من السفر بأن خرج المضارب بالمال من المصر فقال رب المال: لم آمرك بالخروج وأنكر المضارب فالقول له في ظاهر الرواية؛ لأن المضاربة تقتضي إطلاقها وتعميمها، وفي رواية النوادر وضمن. فأمّا المستبضع والمستعير إذا خرج بالدابة والثوب من المصر فقال رب المال لم آمرك بالخروج وهو مستعمله ضمن، وإن خرج به ولم يلبس الثوب ولم يركب الدّابة ضمن في الدابة، ولا يضمن في الثوب؛ لأن خروجه

بالدابة خلاف وخروجه بالثوب ليس بخلاف حتى يلبس والله أعلم.

(باب الاختلاف في الشراء للمضاربة)

اشترى المضارب عبدًا بألف فقال رب المال: اشتريته لنفسك، وقال المضارب: بل على المضاربة، فلا يخلو إمّا أن كان ألف المضاربة والعبد قائمين أو هالكين أو أحدهما قائم والآخر هالك، فإن كانا قائمين فالقول للمضارب؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه، فإنه يملك إنشاء الشراء على المضاربة للحال فيصدق فيما يحكي عنه؛ لأنه إن كان صادقًا فيه فالمحكي عنه ثابت، وإن كان كاذبًا ثبت المحكي عنه للحال؛ لأنه يملك استئنافه للحال، فإن هلكت الألف قبل أن ينقد البائع رجع بمثلها على رب المال لما ذكرنا، فإن كانا هالكين أو كان مال المضاربة هالكا والعبد قائما لا يصدق المضارب إلا ببينة؛ لأنه بعد هلاك مال المضاربة لا يملك إنشاء الشراء واستئنافه للحال؛ لأن المضاربة انتقضت بهلاك رأس المال وانعزل المضارب فلا يصدق كالوكيل الخاص بالشراء إذا قال اشتريت بعد هلاك المال المدفوع إليه وكذبه الموكل لم يصدق، وإن كان مال المضاربة قائمًا والعبد هالكا يصدق المضارب في حق تسليم ما في يده إلى البائع ولا يصدق في حق الرجوع بمثله على رب المال إذا هلك المال في يده؛ لأن رأس المال مشغول بثمن عبد هالك؛ لأن المضارب مصدق في الإخبار عن شغل رأس المال بثمن التجارة، فإنه لو اشترى به شيئًا صح فملك الإقرار بالشغل فصار رأس المال مشغولا بالدين فيكون هالكا معنى فانفسخت المضاربة في حق الرجوع بمثله على رب المال فلم يصدق في حق رب المال لأن إقراره بإيجاب الثمن في ذمة رب المال لا تجوز. اشترى بألف المضاربة عبدًا ونقد الثمن من ماله فلا يخلو إما أن يكاذبا في النية وقت الشراء أو يصادقا أنه لم يحضره نية وقت الشراء، فأن يكاذبا فقال: اشتريته لنفسي وقال رب المال: للمضاربة فلا يخلو إما أن أضاف الشراء إلى مال المضاربة أو لم يصف إليه أو أطلق، فإن أضاف إليه يكون العبد للمضاربة ويأخذ ألف المضاربة قصاصا بما نقد؛ لأن إضافة الشراء إلى مال المضاربة دليل على أنه اشتراه للمضاربة؛ لأنه جعل بدل العقد مال المضاربة والمبدل إنما يكون لمن ملك البدل فصار مقرًّا بالشراء للمضاربة مقتضى إضافة الشراء إليها وصار كالوكيل الخاص

بالشراء إذا أضاف الشراء إلى مال الموكل ثم قال: اشتريت لنفسي لم يصدق، فأما إذا أطلق الشراء يصدق؛ لأنه احتمل أن يكون الشراء للمضاربة، واحتمل أن يكون له، وإنما يعرف أحدهما من الآخر من جهته فوجب الرجوع في البيان إليه؛ لأنه أعلم بذلك من غيره؛ لأنه الحر عامل لنفسه ما لم يجعل عمله لغيره.

وأمّا إذا تصادقا أنه لم تحضره النية وقت الشراء فعند محمد يكون الشراء للمضارب، وعند أبي يوسف بحكم النقد إن نقد من مال المضاربة يكون للمضاربة وإن نقد من ماله فهو له لما يأتي في الوكالة. اشترى عبدًا بألف ولم يسم ثم اشترى آخر ولم يسم فقال نويتهما على المضاربة ولم ينقد المال فهو على أوجه: إما أن صدقه رب المال فيهما، أو كذبه فيهما، أو صدقه في الأول وكذبه في الثاني، أو على العكس.

فإن صدقه فيهما فالأول على المضاربة دون الثاني؛ لأن الأول لما صار للمضاربة لتصادقهما عليه صار جميع رأس المال مشغولا بثمن الأول، والمشغول بالدين مستحق به، والمستحق ملحق بالعدم كالماء المستحق بالعطش فحين اشترى الثاني كان رأس المال هالكًا معنى فلم يصر الثاني للمضاربة؛ لأنه يصير مستدينًا على المضاربة وليس له ذلك إلا بإذن رب المال، والإذن منه وجد بعد نفاذ الشراء والاستدانة على المضارب؛ لأنه لما اشترى الثاني بعدما فني مال المضاربة نفد الشراء عليه وإن نواه للمضاربة؛ لأن الشراء لا يقف متى وجد نفاذًا على العاقد فلا يلحقه الإجازة؛ لأن الإجازة إنما يلحق الموقوف دون الناقد.

وكذلك إن كذّبه فيهما أو صدقه في الأول وكذبه في الثاني؛ لأن المضارب مصدقٍ في الأول؛ لأنّه حكى أمرًا يملكه استئنافه؛ لأن رأس المال قائم عند شراء الأول، فأما إذا صدقه في الثاني دون الأول فالقول لرب المال والعبد الثاني للمضاربة؛ لأن المضارب وإن أقر أن الأول للمضاربة وهو مصدق فيه إلا أنه لما أقر بشراء الثاني للمضاربة فقد رجع عن إقراره بشراء الأول عن المضاربة؛ لأنه لا يتصوّر أن يكون كلاهما للمضاربة وقد صدّقه رب المال في رجوعه كما صدقه في الثاني فبطل إقراره الأول.

ولو اشتراهما صفقة واحدة كل واحدة بألف وقال: نويت أن يكون كل واحد منهما بألف للمضاربة فهو على أربعة أوجه: إن صدقه فيهما كان نصف كل واحد على المضاربة والباقي للمضارب؛ لأنه لا يمكن أن يجعل كلاهما على المضاربة؛ لأن رأس المال لا يفي بثمنهما، ولا يمكن أن يجعل أحدهما بعينه للمضاربة؛ لأنه ليس بأولى من الآخر فصار نصف كل واحد على المضاربة وكذلك إن كذبه فيهما؛ لأنه ليس أحدهما بأن يجعل للمضاربة بأولى من الآخر، وإن صدّقه في أحدهما بعينه فقال اشتريت هذا للمضاربة كان للمضارب لاتفاقهما عليه واختلافهما في الآخر.

ولو قال المضارب: اشتريتهما جميعًا بألف من عندي وبألف من المضاربة، وقال رب المال: هذا بعينه للمضاربة صدق المضارب ونصفهما على المضاربة؛ لأن المضارب أقر بشراء نصف كل واحد للمضاربة بنصف مال المضاربة لا بشراء أحدهما بجميع المضاربة والمضارب فملك شراء الانتقاص فقبل قوله قال أبو يوسف: إذا عمل الوصي في مال اليتيم فوضع أو ربح فيه فقال عملت به مضاربة فهو مصدق في حال الوضيعة دون الربح إلا أن يشهد قبل العمل؛ لأن في الوضيعة أمينًا أخبر بأمر محتمل لا يكذبه الظاهر فيصدق كما لو ادعى الوصي أنه ملكه من غير مضاربة، فأمّا في حالة الربح يكذبه الظاهر فيما ادعى؛ لأنه ادعى بملك بعض مال اليتيم لنفسه؛ لأن الربح فرع مال اليتيم فكان لليتيم في الظاهر كالولد من الأم فلا تقبل دعواه إلا بحجة.

ولو قال: استقرضت لا يصدق حتى يشهد قبله إن كان فيه ربح؛ لأنه ادعى تملك الأصل والربح لنفسه بغير حجة، وإن كان فيه وضيعة ضمن؛ لأنه أقر بتملك مال اليتيم لما ادعى الاستقراض وقبض التملك بسبب موجب للضمان بخلاف ما لو ادعى أنه عمل به مضاربة وقد وضع لا ضمان عليه؛ لأنه لم يقر بقبض التملك، وكذلك لو دفعه إلى رجل عمل به ثم قال دفعته قرضا عليه ثم قال قرضًا عليّ وصدقه الرجل؛ لأنه ليس للوصي أن يقرض مال اليتيم من غيره كما ليس له أن يستقرض لنفسه.

ولو قال: دفعته مضاربة أو بضاعة وصدقه الرجل فيه، فإن كان فيه وضيعة فلا ضمان، وإن كان فيه ربح يكون كله لليتيم إلا أن يشهد قبل الدفع؛ لأن العامل يدعي استحقاق بعض الربح والوصي يصدقه فلا يقبل وكل هذا يسعه ديانة إن كان صادقًا ولكن القاضي لا يقبل قوله إلا ببينة.

(باب عتق المضارب وكتابته)

ولو أعتق المضارب عبد المضاربة فلا يخلو إما أن لا ربح في مال المضاربة أو فيه ربح، ولا فضل في قيمة العبد على رأس المال أو فيه فضل، وإن لم يكن ربح في المضاربة لا يصح عتقه؛ لأنه لم يملك المضارب شيئًا من العبد؛ لأن جميعه مشغول برأس المال.

ولو أعتقه رب المال يصح؛ لأنه أعتق ملكه إلا أن للمضارب فيه حق البيع وبهذا لا يصير المالك محجورا عن الإعتاق كالراهن إذا أعتق الرهن ويكون مستوفيا برأس ماله؛ لأنه جنس حقّه باعتبار الماليّة وقد صار مستهلكًا مال المضاربة بالإعتاق والإعتاق قبض حكمي فصار مستوفيا لرأس المال بالإعتاق، ويجوز أن ينحجر المضارب حكمًا لاستيفاء رب المال، وإن كان مال المضاربة عروضًا، ألا ترى لو باع رب المال عروض المضاربة واستوفى ثمنه برأس المال جاز وانحجر المضارب عن التصرف حكمًا فكذا هذا.

فأمّا إذا كان في المضاربة ربح فلا فضل في قيمة العبد بأن اشترى عبدًا بخمسمائة وهو يساوي ألفًا ورأس المال ألف فأعتقه المضارب لا يصح أيضًا؛ لأن العبد كله مشغول برأس المال؛ لأن العبد والدراهم جنسان مختلفان، ومال المضاربة متى كان جنسين مختلفين وقيمة كل واحد مثل رأس المال فإنّه يعتبر كل رأس المال في المالين مشغولا برأس المال كأنه ليس معه غيره ولا يعتبر رأس المال شائعًا فيهما لما عرف، فإذا كان كل واحد مشغولا برأس المال لم يظهر الربح.

ولو أعتقه رب المال يصح ويقسمان الخمسمائة نصفين؛ لأنه استوفى رب المال

رأس ماله بإعتاق العبد فبقي خمسمائة ربحًا بينهما نصفين، وإن كان في قيمة العبد فضل عن رأس المال بأن اشترى المضارب بخمسمائة عبدًا يساوي ألفين فأعتقه جاز عتقه في ربعه؛ لأنه ملكه؛ لأن الألف رأس المال في العبد تبقى من العبد ألف ربح نصفه للمضارب وهو ربع العبد، ويأخذ رب المال الخمسمائة الباقية من رأس ماله؛ لأنه مقدم على الربح فيؤخذ من أقرب المال وصولا إليه، ويضمن المضارب تمام رأس المال خمسمائة ونصف الربح وهو سبعمائة وخمسون لأنه متى ضمن من قيمة العبد خمسمائة تمام رأس المال يبقى الربح من العبد ألف وخمسمائة نصفه لرب المال ويرجع المضارب على العبد بجميع ما ضمن وهو ألف ومائتان وخمسون وإنما مائتان وخمسون يستسعينه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن بقدر ألف ومائتين وخمسين صار العبد مالكا للمضارب بالضمان من جهة رب المال وبقدر مائتين وخمسين حدث له زيادة ملك في العبد بعد العتق؛ لأنه لم يكن له ملكًا يوم أعتق؛ لأن نصف العبد كان مشغولا برأس المال فلم يعتق ما حدث له بالزيادة فله أن يستسعيه في ذلك القدر أيضًا فيكون جملة ما يستسعيه المضارب ألف وخمسمائة وقالا لا سعاية عليه وهذا بمنزلة عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه.

ولو اشترى المضارب بالألف عبدين يساوي كل واحد ألفًا فأعتقهما فعتقه باطل، أمّا عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن العبدين أجناس مختلفة لعظم التفاوت فيما بينهم فصار كل عبد مشغولا برأس المال فلم يظهر الربح فلم يملك المضارب شيئًا منهما، وكذلك عندهما على رواية هذا الكتاب. العبيد بمنزلة الأجناس المختلفة وعلى رواية كتاب العين والدين الرقيق جنس واحد فيكون مال المضاربة جنسًا واحدًا فيعتبر رأس المال شائعًا فيهما فيكون نصف كل واحد مشغولا برأس المال ونصفه فارغًا فيكون ربحًا بينهما نصفين فيكون ربع كل واحد للمضارب وقد أعتقهما فصح.

ولو أعتقهما رب المال ينظر إن أعتقهما معًا عتقًا وضمن للمضارب خمسمائة موسرًا كان أو معسرًا ولا سعاية على العبد؛ لأنه حين أعتقهما كان كل واحد ملك رب المال؛ لأنه لا شركة للمضارب فيهما؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال ثم

يصير رب المال مستوفيا رأس المال بالعتق فيظهر للمضارب شركة في الربح بعد العتق فقد استهلك رب المال حصته من الربح فيجب ضمان الإتلاف لا ضمان الإعتاق؛ لأنه لا شركة للمضارب فيهما وقت الإعتاق فلا يمكن أن يجعل ضمان عتق، وإن وجب بالعتق كالمولى إذا أعتق عبده المديون ولا سعاية على العبد مع ضمان الإتلاف، وإن عتق أحدهما بعد صاحبه عتق الأول كله وولاؤه له؛ لأن جميعه مملوك له ويعتق من الثاني نصفه؛ لأن رب المال صار مستوفيا رأس المال بإعتاق الأول فيعين الثاني كله ربحًا وصار بينهما نصفين فصار كإعتاق بين شريكين.

ولو اشترى بها عبدين يساوي أحدهما ألفين والآخر ألفًا فأعتقهما المضارب معًا أو متفرقا وهو موسر فعتقه في أقل القيمة باطل ويعتق من أكثر القيمة ربعه؛ لأن أقل القيمة كله مشغول برأس المال ونصفه فارغ فيكون ربحًا بينهما نصفين فيكون للمضارب ربعه فصح عتقه فيه، ويباع أقل القيمة فيستوفي رب المال رأس ماله ويضمن المضارب نصفيه من الربح في الذي أعتقه ذلك الألف؛ لأن رب المال لما استوفى رأس ماله صار كثير القيمة فارغا عن رأس المال فكان كله ربحًا فيكون نصفه لرب المال فيضمنه المضارب بالإعتاق، ويرجع على العبد عند أبي حنيفة ويستسعيه أيضًا في خمسمائة تمام نصيبه من العبد؛ لأن الألف ضمان الإعتاق وخمسمائة زيادة ملك حدث للمضارب بعد الإعتاق فلم ينفذ عتقه فيه.

وإن كان أعتقهما رب المال في كلمة واحدة عتق قليل القيمة كله من مال رب المال؛ لأن جميعه مملوك لرب المال وعتق من كثير القيمة ثلاثة أرباعه من مال رب المال؛ لأن ربعه ملك المضارب، والمضارب في الربع الآخر بالخيار عند أبي حنيفة لما عرف، ويضمن رب المال للمضارب خمسمائة موسرا كان أو معسرا؛ لأن رب المال صار مستوفيا من مال المضاربة ألفين وخمسمائة ومستهلكا لها ألف منها رأس المال وألف حصته من الربح؛ لأنه لما استوفى رأس ماله ظهر أن الربح كان ألفين يكون نصفه لرب المال واستهلك خمسمائة من ذلك حصة المضارب وضمان الاستهلاك لا يختلف باليسار والعسار، فإن أعتق رب المال أولا أكثر القيمة عتق منه ثلاثة أرباعه؛ لأن ربعه ملك المضارب ويعتق من الثاني نصفه؛ لأن رب المال

قبض رأس المال بإعتاق الأول فصار الآخر ربحًا كله نصفه للمضارب، فإن أعتق أقل القيمة أوّلا فقد استوفى كل رأس المال وبقي الآخر كله ربحًا فعتق نصفه وباقي المسألة يمكنه تخريجه.

(فصل)

اشترى بألف المضاربة عبدًا يساوي ألفين فكاتبه على ألفي درهم لم يكاتب إلا الربع الذي هو ملك المضارب؛ لأن المضارب لا يملك الكتابة بحكم المضاربة؛ لأنّها ليست بتجارة وإنما يملكها بحكم ملكه فلم يملك إلّا ربع العبد فلم تنفد كتابته إلا فيه ولرب المال أن ينقض الكتابة في نصيب المضارب كعبد بين شريكين كاتب أحدهما نصيبه، فإن لم ينقضها رب المال حتى اكتسب العبد ألفي درهم وأداها عتق الربع؛ لأنه وجد شرط العتق وهو أداء الألفين؛ لأن الكتابة، وإن كانت معاوضة من وجه فهي تعليق العتق بالشرط فيكون عتقًا معلقًا بأداء الألفين فيكون بعض المؤدى ملك غيره لا يمنع حصول العتق، كما لو أدى المكاتب الدراهم المغصوبة عتق بالربع من الكسب سلم للمضارب، وثلاثة أرباع الكسب يكون على المضاربة؛ لأن ربعه مكاتب وثلاثة أرباعه للمضاربة؛ لأن الكتابة تنجزئ عند أبي حنيفة، وعندهما وإن صار كله مكاتبًا إلّا أن الكتابة في حصّة رب المال غير لازمة فصار وجودها وعدمها بمنزلة فيستوفي رب المال رأس ماله وهي ألف من الكسب أولًا لأنّه أقرب إليه وصولًا وأيسر المالين إمكانًا ويأخذ خمسمائة بإزاء ربع العبد؛ لأن المضارب استوفى مثل ذلك باستهلاك ربع العبد حتى يستويا بقي ثلاثة أرباع العبد ربحًا فيكون بينهما نصفين وقد استهلكه المضارب فيضمن نصفه إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا سعى العبد في نصفه، فإن مات ولم يؤد المكاتب شيئًا وترك أقل من ثمانية آلاف مات عبدًا وبطلت الكتابة؛ لأنه مات عاجزا؛ لأن ما هو ملكه وهو ربع الكسب لا يفي ببدل الكتابة فيستوفي رب المال بما ترك رأس ماله ألف والباقي بينهما نصفان، وإن ترك ثمانية آلاف فقد مات عن وفاء بعتق؛ لأن الربع بقي ببدل الكتابة، ويأخذ المضارب من ذلك ألفين؛ لأن الكتابة صحت في الربع والعتق معلق بأداء كل البدل؛ لأن الكتابة تعليق العتق بالشرط، والمعلق

بالشرط لا ينقسم على أجر البدل فيكون عتقه من أجزائه معلقا، بأداء الألفين يغرم لرب المال ألفًا وخمسمائة قيمة ثلاثة أرباع العبد؛ لأنه بقي ذلك على ملك المولى وقد أفسده المضارب بالكتابة فضمن ويكون الستة الآلاف الباقية من الكسب بين المضارب ورب المال نصفين لأنها ربح، وإن ترك المكاتب تسعة آلاف أخذ المضارب ألفي درهم بدل الكتابة فيموت حرًا ويأخذ أيضًا الألف الزيادة بحق الإرث؛ لأن الولاء له؛ لأنه عتق كله عليه؛ لأنه ملكه بالضمان، وإن كانت قيمته يوم الكتابة ألفين ثم انتقضت ثم أدى أو مات فالجواب فيه كما في المسألة الأولى؛ لأن الربع كان ملكه فنفذت الكتابة فيه إلا أن المكاتب يضمن قيمته يوم الأداء فيفارق الأولى في وقت الضمان.

(باب دعوة المضارب أو رب المال أمتهما جميعاً)

دفع ألفًا مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي ألفًا فولدت ما تساوي ألفًا فادعاه المضارب فدعوته باطلة؛ لأن كل واحد منهما مشغول برأس المال لا فصل فيه لما بينا فلم يكن للمضارب ملك في واحد منهما ولا حق ملك، وإنما هو مجرد حق التصرف فبطلت دعوته، وهو ضامن لعقر الجارية؛ لأنه بالدعوة أقر بوطء الجارية والوطء في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، ولم تجب العقوبة للشبهة فيلزمه الغرامة وتكون في المضاربة؛ لأنه نزل جزء من أجزاء الجارية فيكون كالأرش ويتبعهما؛ لأنه لم يحدث فيهما ما يمنع المضارب من التصرف، فإن لم يبع واحدًا منهما حتى صارت تساوي ألفين، فإن الجارية أم ولد المضارب ويضمن ألف درهم وخمسمائة؛ لأنه ظهر الفضل فيها فملك المضارب ربعها فصحّت دعوته وصارت الجارية كلها أم ولد له؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ فيتملك الباقي حكمًا للاستيلاد فيضمن قيمة نصيب رب المال والولد رقيق ما لم يؤد المضارب ما عليه من قيمة الأم أو يأخذ رب المال شيئًا من العقر؛ لأنه لا فضل فيه على رأس المال فلا يحدث للمضارب شركة في الولد فيبقى رقيقا.

وإن لم يبعه حتى صار يساوي ألفين فالولد ابن المضارب ويعتق ربعه ولا

ضمان عليه فيه؛ لأنه ملك ربعه فثبت نسبه منه والنسب لا يتجزأ فيثبت كله والعتق يتجزأ فيعتق ربعه عند أبي حنيفة.

وعندهما: عتق كله؛ لأن العتق لا يتجزأ؛ لأنه عتق بعدما ملكه لا بإعتاقه قصدا بل حكمًا ليملكه فكان بمنزلة رجلين ورثا عبدًا وهو قريب أحدهما حتى عتق على القريب نصيبه لم يضمن فيأخذ المولى من المضارب ألف درهم رأس ماله؛ لأن ما وجب عليه من الضمان أيسر المالين استيفاء؛ لأن ما وجب عليه معجل وهو موسر السعاية وجبت مؤجلة والعبد معسر ورأس المال يوجد من أقرب المالين وصولا إليه وإذا استوفى صار ما بقي من الابن وما بقي على المضارب من قيمة الأم وعقرها ربحًا، فإن كان العقر مائة درهم ضمن لرب المال الألف كلها والمائة درهم، فإذا أخذهما كان للمضارب مثل ذلك من الولد قدر ألف ومائة ويبقى تسعمائة بين المضارب ورب المال فيعتق حصّة المضارب ويسعى الولد لرب المال في حصته أربعمائة وخمسين.

طعن عيسى وقال: ما بقي كله ربح بينهما فلا يكون حصة المضارب من الربح في الولد خاصّة لكن المضارب يضمن ما بقي من نصف قيمة الأم ونصف العقر ويسعى الولد في نصف قيمته؛ لأن موجب المضاربة أن يكون جميع الربح شائعًا بين رب المال والمضارب على شرطهما ولا يختص أحدهما ببعض الربح دون الآخر، وفي تخصيص أحدهما ببعض الربح يعتبر موجب المضاربة وذلك لا يجوز، ولتكثير حرية الولد وتقليل السعاية عن الولد كما في مسألة آخر الباب، والجواب عنه أن ليس في المضاربة تنصيص من جهة المتعاقدين أن يكون حقهما في الربح شائعًا، وإنما اعتبرنا حقهما في الربح شائعًا فيما عدا هذا بحكم المعارضة والمزاحمة؛ لأنه ليس جعل بعض الربح لأحدهما بأولى من الآخر، وهنا لو جعلنا ما بقي من قيمة الأم والعقر لرب المال خاصّة تكثر حرية الولد وتقل السعاية عنه؛ لأنه يعتق سبعة أعشاره وربع عشره، ومتى قسمنا ذلك والولد بينهما نصفان يعتق من الولد نصفه ويسعى في النصف قيمته ولم يوجد منه الرضا بالتزام السعاية فكان فيما قلناه تكثير الحرية وتقليل السعاية، وفي تكثير السعاية ضرر على رب المال؛

لأن السعاية مؤجلة والولد معسر وما يأخذ من المضارب معجل وهو موسر فكان في تخصيص رب المال ببعض الربح سعي إلى تكثير الحرية وبقي الضرر عنه فكان هذا أولى بخلاف مسألة آخر الباب لما تبين. وولاء الولد بين المضارب ورب المال عشر له وربع عشره لرب المال؛ لأنه يسعى له في أربعمائة وخمسين، وكل ما بين منه عشره هذا كله إذا كان المضارب موسرا، فإن كان معسرا فأراد رب المال استسعاء الجارية في رأس المال وحصته من الربح ليس له ذلك؛ لأنها أم الولد، ولا سعاية على أم الولد في دين على مولاها؛ لأن المملوك لا يسعى في دين على المالك.

وإن أراد استسعاء الولد له ذلك؛ لأنه معتق البعض فيستسعيه في ألف وخمسمائة ويعتق ربع الولد؛ لأن خمسمائة منه للمضارب وتعذر تضمين المضارب لكونه معسرا ويكون للمضارب ربعه ولرب المال ثلاثة أرباعه؛ لأن الولد لما عتق ربعه على المضارب تعذر على رب المال استدامة ملكه فيه فله استسعاء الولد في ملكه وهو ثلاثة أرباعه وقد عتق ذلك القدر على ملك رب المال فكان ثلاثة أرباع ولأنه له، ثم يرجع رب المال على المضارب بنصف قيمة الأم ونصف العقر؛ لأن الأم والعقر كله ربح فكان نصفه لرب المال دينًا على المضارب؛ لأنه أتلف المضارب بالدعوة.

ولو ادعى رب المال أنه ابنه لا المضارب فهو ابنه والجارية أم ولد له، ولا يضمن للمضارب شيئًا من عقر وقيمة؛ لأنه وطئ ملكه على الخلوص فعلق الولد حرًا ولا فضل في الجارية؛ لأن كل واحد منهما كان مشغولا برأس المال لا شركة للمضارب فيهما، ولهذا لو أعتقهما رب المال لم يضمن للمضارب شيئًا، وكذلك لو كان الولد يساوي ألفين؛ لأن الجارية صارت أم ولد له من حين العلوق فانتقضت المضاربة من حين العلوق فحين حدث الولد المضاربة منتقضة فلم يتعلق حق المضارب بالولد بخلاف ما لو أعتقهما، فإنه يضمن حصّة المضارب من الربح؛ لأن الإعتاق يقتصر على حال وجوده ولا يستند إلى وقت العلوق، والجارية ولدت حال قيام المضاربة فتعلق حق المضارب به وقد استهلك بالإعتاق حصّة المضارب

من الربح فضمن، وإن كانت الجارية تساوي ألفين غرم ربع قيمتها وثمن عقرها؛ لأن ربع الجارية ملك المضارب؛ لأنه حصّته من الربح، وقد يملك رب المال بالاستيلاد وعليه نصف ربع العقر حصّة المضارب إلا أن ربع العقر صار ربحًا؛ لأن الجارية كانت على المضاربة حين وجب العقر؛ لأن ربع العقر وجب بأوّل الملاقاة وكانت المضاربة بينهما قائمة في ذلك الوقت فما وجب من العقر كان ربحًا فكان بينهما نصفين فسقط عنه حصته وهو الثمن وبقي ثمنه للمضارب.

ولو كان المضارب وطئ الجارية وقيمتها ألفان فجاءت بولد قيمته ألف فادعاه بأنه ولده فلا ضمان عليه فيه والولد رقيق؛ لأنه ولد جارية مشتركة إلا أنه لم يحدث الولد مشتركًا بينهما؛ لأنه لا فضل فيه؛ لأن كله مشغول برأس المال؛ لأن قيمته مثل رأس المال، والجارية إنما كانت مشتركة بينهما لوجود الفضل فيها على رأس المال ولا فضل في الولد ويجب عليه ضمان ثلاثة أرباع قيمة الأم؛ لأنه ملك نصيب رب المال بالاستيلاد ويغرم ثلاثة أثمان العقر؛ لأن ثلاثة أرباعها للمالك والعقر ربح فيكون بينهما نصفين فيبقى عليه ثلاثة أثمان العقر، فإذا أدى إلى رب المال عتق نصف الولد؛ لأنه قبض رب المال رأس ماله فصار الولد كله ربحًا فملك المضارب نصفه ولا ضمان عليه في الولد ويسعى الولد في نصفه لرب المال؛ لأن الولد وإن عتق ناصف المضارب ما عليه وذلك كان بصنعه إلا أنه كان مجيزا على الإيفاء فسقط اعتبار صنعه فكأنه عتق بغير فعله.

(فصل)

أصله: أن المضارب متى اشترى للمضاربة ما لا يمكنه بيعه مقتضى عقد المضاربة؛ لأن المضاربة إنما انعقدت لتحصيل الشركة في الربح والربح إنما يحصل بالبيع بعد الشراء وصار كمن وكل رجلًا بأن يشتري له جارية يطؤها فاشترى أخته من الرضاع لم يجز على الموكل وصار مشتريا لنفسه.

ولو اختلفا في الخلاف والوفاق فالقول من يدعي الوفاق؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الموافقة حلال والمخالفة حرام والظاهر من حال المسلم المكلف أنه لا يقدم

على الحرام؛ ولأن مدعي الموافقة متمسك بما هو ثابت في الأصل لأنه يدعي بقاء المضاربة ومدعي الخلاف يدعي انفساخها. اشترى المضارب عبدًا بألف المضاربة ولا يعرف نسبه فقال المضارب لرب المال هو ابنك وكذبه فهذا على وجهين: إما أن كان في العبد فضل على رأس المال أو لم يكن.

وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن كان صدقه رب المال أو كذبه، أو قال للمضارب: لا بل هو ابنك.

أما إذا كان في العبد فضل بأن كانت قيمته ألفي درهم وصدقه رب المال يثبت نسبه من رب المال وهو عبد المضارب؛ لأنهما تصادقا على أنه ثابت النسب من رب المال فصار المضارب مشتريًا ابن رب المال فقد اشترى ما لا يمكنه بيعه فصار مخالفا فوقع الشراء للمضارب فلم يملك رب المال شيئًا منه فلا يعتق، ويضمن رأس المال؛ لأنه صار غاصبا لمال رب المال حين نقده البائع، وإن كذبه رب المال يعتق العبد ويسعى لهما في قيمته أرباعا؛ لأن الشراء وقع للمضاربة؛ لأنهما اختلفا في الخلاف والوفاق. ادعى رب المال الوفاق فيكون القول له، والشراء متى وقع للمضاربة كان العبد مشتركًا بينهما؛ لأن في العبد ربح فصار كأحد الشريكين، قال الآخر: هو ابنك يسعى لهما فكذا هذا.

وإن قال للمضارب: لا بل ابنك، فإنه عبد المضارب، ويضمن رأس المال لرب المال؛ لأنهما تصادقا الخلاف لأنهما اتفقا أنه اشترى ما لا يمكن بيعه؛ لأنه إن كان ابن أيهما هو فلا يمكنه بيعه فصار مشتريا لنفسه فصار كعبد لرجل أقر أنه ابن فلان، وقال فلان: لا بل هو ابنك لا يثبت نسبه من واحد منهما ويبقى مملوكا لصاحبه فكذا هذا كله إذا كان في العبد فضل، وإن لم يكن فيه فضل بأن كانت قيمته ألف فقال المضارب هو ابنك، فإن صدقه رب المال يثبت نسبه منه ويكون الغلام للمضارب ويضمن رأس المال لأنهما اتفقا على الخلاف وأنه اشتراه لنفسه، وإن كذبه فهو على المضاربة لأنهما اختلفا في الخلاف والوفاق، ورب المال ادعى الوفاق فكان العبد لأجنبي اشتراه للمضاربة فيكون القول له، فإن صارت قيمته ألفين عتق وسعى في ثلاثة أرباعه لرب المال وفي ربع قيمته للمضارب؛ لأنه صار العبد

مشتركًا بينهما لظهور الربح فملك المضارب ربعه وقد أقر أنه ابن صاحب رب المال، فنفذ إقراره المتقدم وعتق العبد، وفي مثل هذ لا يضمن أحد الشريكين ويسعى العبد.

فأما إذا قال رب المال للمضارب: هو ابنك فلا يخلو إما أن كان في العبد فضل أو لا، فإن كان فيه فضل وصدقه المضارب يعتق ويضمن رأس المال؛ لأنهما تصادقا على الخلاف، فإنه اشتراه لنفسه لاتفاقهما على أنه ابن المضارب، وإن كذبه المضارب يعتق العبد ولا يسعى لرب المال لأنهما اختلفا في الخلاف والوفاق. ادعى المضارب أنه موافق، فإنه لم يشتر ابن نفسه فيكون القول له، ووقع الشراء للمضاربة وفي الغلام فضل فصار مشتركًا بينهما، وقد أقر رب المال أنه عتق نصيب المضارب وهو ينكر، وأحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالعتق كان للجاحد سعايته في نصيبه، ولا ضمان على الشاهد لما عرف، ولا يسعى لرب المال؛ لأنه يقول لا سعاية لي على العبد؛ لأن العبد كله ملك المضارب؛ لأنه صار مخالفا وإنما يدعي رأس ماله على المضارب.

وإن قال المضارب لرب المال: لا بل هو ابنك فالعبد للمضارب، وضمن رأس المال لأنهما تصادقا على الخلاف؛ لأن المضارب زعم أنه ابن رب المال، ورب المال زعم أنه ابن المضارب، فأما إذا لم يكن في العبد فضل أن صدقه المضارب هو ابنه مملوك للمضاربة؛ لأنهما تصادقا على الوفاق؛ لأنه اشترى ما يمكنه بيعه؛ لأنه لا فضل فيه فصار ملكًا لرب المال فقد أقر بنسبه من المضارب وصدقه المضارب فيه فيثبت نسبه منه، فإن زادت قيمته يثبت نسبه من المضارب وعتق عليه وسعى لرب المال في ثلاثة أرباعه، ولا ضمان على المضارب؛ لأنه نفدت دعوة المضارب لما ظهر الفضل فعتق عليه نصيبه بغير صنعه، فإن العتق شرعًا ثبت ضرورة الملك فلم يضمن، وإن كذبه المضارب فالعبد للمضاربة لأنهما تصادقا على الوفاق؛ لأنه اشترى ما يمكنه بيعه؛ لأنه لا فضل فيه، وكذلك لو قال المضارب لا بل هو ابنك لما عرف هذا كله إذا ادعاه أحدهما.

فأما إذا ادعياه بأن قال رب المال: هو ابني، وقال المضارب: لا بل هو ابني، فإن

لم يكن فيه فضل عتق على رب المال؛ لأن المضارب ادعى الوفاق؛ لأنه يزعم أنه اشتراه للمضاربة؛ لأنه لا يمكنه بيعه؛ لأنه لا فضل فيه، ورب المال يزعم أنه اشتراه لنفسه فكان القول للمضارب فيكون العبد للمضاربة، فدعوة المالك لاقت ملكه فصحت، وإن كان فيه فضل وادعاه المضارب أولا عتق عليهما أرباعًا ولا ضمان على أحدهما، ويثبت النسب من المضارب؛ لأن دعوة المضارب لاقت ملكه وقد سبقت دعوة رب المال فكانت دعوة المضارب أولى وعتق ثلاثة أرباعه بدعوة رب المال، وإن لم يثبت النسب منه؛ لأنه نسب ولد هو معروف النسب من غيره فيكون إقرارًا بحريته، فصار العبد حرا من جهتها فلم يكن لواحد منهم على صاحبه ضمان؛ لأن المضارب برئ عن الضمان بإعتاق رب المال نصيبه بالدعوة قصدًا.

(باب جناية عبد المضاربة والجناية عليه خطأ)

فيه فصلان:

فصل في الجناية عمدًا.

وفصل في الجناية خطأ.

(فصل)

ولو أقر عبد المضاربة بالقصاص قضي عليه به حضرا أو غابا.

ولو ادعى عليه القتل العمد وجحد لم تسمع البينة عليه إلا بعد حضور رب المال والمضارب عندهما.

وعند أبي يوسف كإقرار وقد مرّت في الآبق أن عندهما لا تسمع البينة على العبد بالعقوبة والمولى غائب، وعند أبي يوسف تسمع وهنا للمولى ملك وللمضارب ملك إن كان فيه ربح ثم له ملك يد وتصرف إن لم يكن فيه ربح فلا تسمع البينة على العبد حتى يحضرا، ثم فرقا بين البينة والإقرار والفرق وهو أن البينة تردّ لعلل أو مطاعن ربما لا يهتدي العبد بها لجهله بالأحكام في الغالب وهما يعرفان ذلك فيشترط حضورهما لعلهما يجدان فيها مطعنا أو مدفعًا فيدفعان به، فأمّا

الإقرار لا يرد بالطعن ولا بالتهمة فيه فلم يشترط حضور أحد.

ولو أقر العبد بالقصاص وكذباه وللمقتول وليان فعفا أحدهما فلا شيء للآخر؛ لأن موجب الجناية انقلب مالا، وإقرار العبد غير مقبول فيما يستحق به المال؛ لأنّه متهم فيه لجواز أنهم تصادقوا على ذلك حتى يستحق بعض العبد على المولى، وإنما قبلنا إقراره في حق القصاص؛ لأن المستحق به استيفاء روح العبد وهي غير مملوكه للمولى، فإن صدقه المضارب وفي العبد فضل يقال له ادفع نصف نصيبك إلى الذي لم يعف أو افده؛ لأنه بمنزلة عبد بين شريكين اعترف أحدهما بجنايته خطأ فصح إقراره في نصيبه إلا أنه سقط حق العافي وانقلب نصيب الآبي مالًا فلزمه نصف حصته فأيهما اختار بطلت المضاربة؛ لأنه تعين نصيبه من الربح بالدفع أو الفداء، ولا يتحقق ملك المضارب في حصته من الربح إلّا بعد قبض رب المال رأس ماله فجعل رب المال قابضًا رأس ماله مقتضى تحقيق ملك المضارب في الربح فتحققت القسمة وبالقسمة تنتقض المضاربة.

ولو صدقه ربّ المال وكذبه المضارب ولا فضل فيه قيل له ادفع نصفه أو افده بنصف الدية؛ لأن العبد كله لرب المال، فإن دفع كان الباقي على المضاربة؛ لأنه دفع نصفه بالجناية لاسترداده نصف مال المضاربة.

ولو استرد النصف لا تبطل المضاربة في النصف الثاني؛ لأنه لا شركة للمضارب فيه فلا يحتاج إلى القسمة ورأس المال خمسمائة إن كان العبد يساوي ألفا؛ لأنه استهلك من مال المضاربة خمسمائة، وإن كان فيه فضل صدق رب المال في حصته من ذلك فقال له ادفع نصف حصته أو افده وسلّم لرب المال نصف حصته من العبد. وبطلت المضاربة؛ لأن للمضارب فيه شركة فاحتجنا إلى تمييز ملك رب المال عن ملك المضارب فيما دفع وذلك يكون إلا بعد استيفاء رأس المال وحصته من الربح فتحققت القسمة وبطلت المضاربة، وإن فداه له ذلك القدر بالفداء فصار كأنه دفع ثم اشتراه.

ولو اشترى بمال المضاربة عبدًا فقتله رجل عمدًا فلا يخلو إما أن كان فيه فضل على رأس المال أو لا فضل فيه، فإن كان فيه فضل لا قصاص فيه؛ لأنه تعذر إيجابه

لأحدهما؛ لأن العبد مشترك بينهما فلا ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص، وتعذر إيجابه لهما؛ لأن المضارب يصير مستوفيا رأس المال بالقصاص؛ لأنه ليس بمال ويوجد قيمته من ثلاث سنين فيكون على المضاربة؛ لأنه لمّا تعدّد استيفاء القصاص وجبت القيمة وقد بذل النفس فيكون على المضاربة مؤجلا لأنه بدل مال المضاربة.

فأمّا إذا لم يكن فيه فضل ينظر إن كان في يد المضارب مال آخر من المضاربة سوى العبد فلا قصاص فيه؛ لأنه اشتبه من له القصاص؛ لأن رب المال لا يصير مستوفيًا رأس ماله بالقصاص؛ لأنه ليس بمال فكان له أن يستوفي رأس ماله مما بقي في يد المضارب، فإن سلم ما في يده تبين أن العبد كان ربحًا مشتركًا بينهما فصار المضارب شريكًا في القصاص فكان القصاص لهما، وإن توي ما في يد المضارب كان الحق في القصاص لرب المال ولا يدري إن كان المال يتوي أم لا فلا يدري أن القصاص وجب لهما أو لرب المال فاشتبه من له القصاص فلم يجب كالمكاتب إذا قتل عمدًا وترك ابنًا لا يجب القصاص لاشتباه من له القصاص لاختلاف الصحابة فيمن له القصاص للمولى؛ لأن المقتول كله كان مملوكا لرب المال لا شركة للمضارب فيه، فإن صالحه القاتل على ألفين كانت الألف رأس المال والباقي ربح؛ لأن الألفين بدل العبد فكان بمنزلة ثمن العبد، فإذا انقلب القصاص مالًا بالصلح صار العبد فائتًا إلى حلف يصلح للمضاربة فعادت المضاربة لأنها انفسخت حكمًا لفوات المحل، فإذا فات المحل إلى بدل تعود المضاربة كما كانت كالعبد المرهون إذا أبق أو الشاة المرهونة إذا ماتت ثم عاد العبد من الإباق أو دبغ الجلد يعود الرهن فكذا هذا.

ولو كان عند المضارب عبدان فقتل أحدهما عمدًا لم يجب فيه القصاص وتجب القيمة؛ لأنه لم يتعين فيه الملك لواحد منهما؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال.

(فصل)

اشترى بألف المضاربة عبدًا قيمته ألف فجنى خطأ لم يكن للمضارب أن يدفعه

بالجناية، وإن فداه كان متطوعا فيكون العبد على المضاربة؛ لأنه لا ملك للمضارب في العبد، والدفع بالجناية ليس من التجارة فلا يكون له الدفع، وإذا فداه فقد فدى ملك غيره فيكون متطوعا بخلاف العبد المأذون إذا جنى عبده يملك دفعه؛ لأنه متصرف لنفسه بحكم انفكاك الحجر وهو في التصرف كالأجنبي، ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى وحق المولى إنما يظهر عند الفراغ، فإذا صارت رقبته مشغولة بالجناية لم يظهر حق المولى فخوطب العبد بالدفع أو الفداء، فأمّا المضارب وكيل في التصرف عن رب المال، ولهذا يرجع بالعهدة عليه فلم يملك الدفع أو الفداء، وإن كان رب المال حاضرا قيل له ادفع أو افده؛ لأنه هو المالك، فإن اختار الفداء به أخذه، ولم يكن للمضارب عليه سبيل؛ لأن المضاربة انتقضت بالفداء؛ لأن الفداء حصل من مالك بالدفع فيصير كأنه دفع ثم اشترى من المجني عليه.

ولو دفع ثم اشترى انتقضت المضاربة فكذا هذا، وإن أراد دفعه وقال المضارب: إما أفديه فله ذلك لا من مال المضاربة؛ لأنه متعنت في الدفع؛ لأنه متى دفع يزول العبد عن ملكه ويبطل على المضارب حق البيع والمضارب بالفداء استبقى ملكه وحق نفسه من غير ضرر يلحق رب المال، فإنه لا يرجع عليه بالفداء فكان في الفداء نفع له، وفي الدفع ضرر فكان في الدفع متعنتا فلا يلتفت إلى تعنته، وصار كالراهن إذا اختار الدفع والمرتهن الفداء فله ذلك، فإن كان المضارب غائبا لم يكن لرب المال دفعه؛ لأن للمضارب فيه حقًّا مستحقًّا وهو حق البيع بحيث لا يملك رب المال إبطاله قصدا فربما لو حضر يختار الفداء من ماله حتى يبقى العبد على المضاربة وصار كالراهن ليس له أن يدفع العبد المرهون بالجناية حال غيبة المرتهن فكذا هذا.

فأمّا إذا كانت قيمة العبد أكثر من رأس المال بأن اشترى بألف المضاربة عبدًا يساوي ألفين فجنى خطأ ليس لأحدهما الدفع إلا مع الآخر وأيهما فداه فهو متطوع؛ لأن العبد مشترك بينهما وأحد الشريكين لا ينفرد بالدفع.

ولو فداه يكون متطوعًا وإذا حضرا قيل لهم ادفعاه وافدياه، فإن فديا فالفداء أرباعا؛ لأن هذا فداء الملك فيجب على قدر ملكيهما وخرج العبد من المضاربة

لأنه يجعل كأنه دفع ثم اشتراه من المجني عليه؛ لأن العبد صار مستحقا بالجناية فإنما يسلم لكل واحد منهما نصيبه بما أدى من الفداء فصار كل واحد كالمشتري بحصته وبه يخرج من المضاربة لأنه صار القائم من مال المضاربة كالتاوي لاستحقاقه بالجناية، وليس للمضارب أن يتصرف في نصيب رب المال؛ لأن المضاربة انتقضت، فإن اختار رب المال الفداء واختار المضارب الدفع فداه رب المال ثلاثة أرباع الفداء ودفع المضارب وخرج من المضاربة؛ لأن كل واحد منهما ملك بعضه فكان له أن يدفع ملكه أو يفديه فصار كالعبد المشترك إلا أن في العبد المشترك إذا حضر أحد المالكين وغاب الآخر خوطب الحاضر بدفع نصيبه أو بفدائه، وهنا لا يخاطب واحد منهما حتى يحضرا؛ لأن هذا الدفع أو الفداء يتضمن القسمة، فإن المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء، والقسمة لا تصح إلا بحضرتهما ولا كذلك العبد المشترك وبخلاف العبد المرهون إذا جنى وقيمته أكثر من الدين فاختار أحدهما الدفع والآخر الفداء، لا يكون لهما ذلك؛ لأن هناك الملك في العبد لواحد والحق لواحد فليس لهما أن يفرقا الحق على المجني عليه وينتقض موجب الجناية وهنا لكل واحد فيه ملك فلم ينتقض موجب الجناية.

(باب مضاربة الحربي والمرتد)

أصله: أن عقود المرتد في مال غيره بإذن صاحبه نافذة؛ لأن جوازها ينبى على ملك الآمر وصحّة أمره وعبارة المأمور ولا يوقف في ملكه ولا خلل في أمره برده المأمور، وللمأمور عبارة صحيحة فنفدت إلا أن العهدة عند أبي حنيفة تقف، فإن أسلم كانت العهدة عليه، وإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه فالعهدة على الآمر؛ لأن العهدة تتعلق بماله بسبب قول المأمور وتصرفه فيقف كتصرفه في ماله كما لو وقف صبيًا أو عبدًا محجورًا وعندهما لا يقف بل يكون عليه كتصرفه عندهما. ارتد المضارب أو دفع إلى مرتد فربح أو وضع ثم قبل على ردّته كان الوضع والربح على ما شرط؛ لأنه تصرف في مال الغير بإذنه فنفد تصرفه والعهدة على رب المال عند أبي حنيفة وعندهما على المرتد، وإن كانت امرأة مرتدة فالعهدة عليها اتفاقا؛ لأنه يلحقها عهدة مالها فكذا يلحقها عهدة مال

غيرها؛ لأن تصرفاتها نافذة، وإن ارتد رب المال فعند أبي حنيفة ينفذ التصرف على المضارب ويضمن رأس المال وعندهما على المضاربة.

وذكر في المزارعة: إذا ارتد رب الأرض فزرع المزارع، فإنه يكون على المزارعة والفرق بين المزارعة والمضاربة صحيح على قول أبي حنيفة وهو أن المضاربة غير لازمة في الجانبين إن كان رأس المال ناضًا فملك كل واحد فسخه، فإذا ارتد رب المال صار كأنه فسخها؛ لأن الردة تمنع صحة المضاربة ابتداء فيرفعها انتهاء فأمّا المزارعة، فإن لم تكن لازمة في حق البذر فهي لازمة في حق المزارع حتى يجبر على العمل كالمستأجر إلا من عذر وقع الشك في رفع بقائها وبطلانها فباعتبار أنها غير لازمة إن ارتفع بالردة الطارئة فباعتبار أنها لازمة لا ترتفع ولا ترتفع بالشك.

ولو ارتد المالك ولحق بدار الحرب ولم يقض بماله شيء حتى رجع مسلمًا، وقد تصرف المضارب فهو بمنزلة من لم يلتحق إذا لم يقض القاضي بلحوقه؛ لأن لحوقه بدار الحرب لا يكون موتا ما لم يتصل بقضائه.

ولو ارتد المضارب ولحق بدار الحرب وتصرف فيها ثم رجع مسلمًا لا ضمان عليه، وله جميع ما اشترى وباع؛ لأن المضاربة انقطعت بدخوله دار الحرب؛ لأنها تقيدت بدار الإسلام دلالة؛ لأن الظاهر من حال الإنسان أنه إنما يأتمن غيره في ماله إذا كان المؤتمن لا يستحل ماله ولا يتملكه بالقهر والغلبة، وإذا صار بحال يستحل ماله ويتملكه بالقهر والغلبة، فإنه لا يأتمنه والمضارب بعد لحاقه بدار الحرب مرتدًا يستحل ماله ويتملكه بالقهر والغلبة فانتهت المضاربة نهايتها فيكون التصرف واقعا للمضارب ولا ضمان عليه في المال؛ لأنه بالتصرف صار مستهلكًا مال رب المال، والحربي إذا استهلك مال المسلم لا يضمن. اشترى بألف المضاربة عرضًا ثم ارتد رب المال ولحق بدار الحرب جاز بيعه والعرض على المضاربة.

ولو كان ثمنه دراهم لا يشتري به شيئًا؛ لأن ردته مع لحاقه بمنزلة الموت، وفي الموت لو كان مال المضاربة عروضا لم تنتقض المضاربة، وإن كان ناضا تنتقض، مستأمن أخذ مال مسلم مضاربة بالنصف وأودعه مسلمًا ثم رجع إلى دار الحرب وعاد

مستأمنا فاشترى وباع يضمن رأس المال وكان عاملًا لنفسه؛ لأنه انقطعت المضاربة بالعود إلى دار الحرب لتباين الدارين حقيقة وحكما لما جعل بمنزلة الموت في حق بطلان النكاح، فإنه عقد لازم فلأن يجعل بمنزلة الموت في حق انتقاض المضاربة وأنها غير لازمة أولى؛ ولأن المضاربة تقيدت بدار الإسلام لما بينا.

ولو أدخل المال معه دار الحرب وتصرف فيه فهو له ولا يضمن؛ لأنه حربي استهلك مال المسلم في دار الحرب، فإن كان المالك أذن له بذلك يبقى على المضاربة استحسانًا لا قياسًا لوجود تباين الدارين كما لو كانت المضاربة مطلقة. وجه الاستحسان أنه صرح بالإذن بإدخاله دار الحرب ولا قوام للدلالة مع الصرح بخلافها فلم يوجد تباين الدارين حكمًا فبقيت المضاربة كما لو كان رب المال معه في دار الحرب بخلاف ما لو كانت المضاربة مطلقة؛ لأن الإذن بإدخاله دار الحرب لم يوجد صريحًا بل هو محتمل ولكن قامت الدلالة على أن أرض الحرب غير مرادة لما بينا.

وإن استولى عليه المسلمون في دار الحرب يكون رأس المال وحصة رب المال من الربح لرب المال والباقي لجميع المسلمين؛ لأن بعضه ملك الحربي فصار ذلك فيئًا وبعضه ملك المسلم وديعة عند الحربي فلم يصر فيئًا. مستأمنان في دارنا دفع أحدهما إلى الآخر مضاربة فدخل أحدهما دار الحرب لا يبطل؛ لأنه لم يوجد تباين الدارين حكمًا لأنهما من أهل دار الحرب ويعتقدان العود إليها ولأن كل واحد منهما لا يستحل مال صاحبه فلم يتقيد الائتمان بمدة الأمان وبقي مطلقًا في أي مكان كان وذكر أن المضاربة في حق الحربي فساد أوضحه كما في حق المسلمين لما عرف. مسلم أو ذمي دفع إلى حربي دراهم مضاربة فاسدة جاز والربح على ما شرطا خلافًا لأبي يوسف رحمه الله بناء على أن المسلم إذا أربى مع حربي في دار الحرب جاز عندهما خلافًا له. رب المال مسلم والمضارب كافر فأربى جاز على المضاربة؛ لأن المسلم لو وكل ذمّيًا بشراء دراهم بدرهمين صح، فإذا جاز التوكيل بالبيع الفاسد ودخل تحت مطلق المضاربة فكان الربح بينهما على ما شرطا ويتصدق رب المال بحصته؛ لأنه استفاد بعقد فاسد فيكون كسب حينئذ، ولو اشترى الخمر والخنزير وباع فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما يلزم المضارب خاصة وهذا بناء على أن توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير جائز عنده خلافًا لهما.

(باب زكاة مال المضاربة)

اشترى بألف المضاربة جارية تساوي ألفين فحال الحول ولا مال لهما غير ذلك فعلى رب المال زكاة ثلاثة أرباع الجارية؛ لأنه ملك ثلاثة أرباعها ألف رأس ماله وخمسمائة حصّته من الربح وعلى المضارب زكاة الربع؛ لأنه حصته من الربح وملكه فيه كامل قبل القسمة بدليل أنه لا يحل له أخذ الزكاة إذا بلغ نصيبه من الربح نصابا، وإن كان اشترى جاريتين كل واحدة تساوي ألفًا فعلى رب المال زكاة ثلاثة أرباع الجاريتين؛ لأن ذلك قدر رأس المال والربح، ولا زكاة على المضارب؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال فلا يظهر الربح في حق الآخر وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله خاصّة؛ لأن عنده الرقيق لا يقسم.

ولو اشترى بها جارية تساوي ألفين فنقصت من عيب أو سعر حلي صارت تساوي ألفًا ثم ازدادت فحال الحول منذ يوم اشترت وهي تساوي ألفين فلا زكاة على المضارب وعلى رب المال زكاة ثلاثة أرباعها؛ لأن أصل المال قائم في حق رب المال ونقصان النصاب في أثناء الحول لا يبطل حكم الحول ونصاب المضارب فد ذهب كله؛ لأنه لم يبق فيها ربح فبطل الحول فيشترط لما استفاد من الزيادة حول على حده.

ولو صارت قيمتها فوق الألف فعليهما الزكاة؛ لأن أصل المال قائم في حق كل واحد منهما فكان السبب قائما، ولو اشترى بها حنطة وشعيرًا أو إبلا وغنمًا كل جنسين يساوي ألفًا لم يكن على المضارب زكاة.

ولو كان جنسًا واحدًا يجب؛ لأن في الجنسين صار كل واحد منهما مشغولا برأس المال كالجاريتين فلا يظهر الربح، وفي جنس واحد الربح يشيع فيه فيصير نصف رأس المال في كل واحد فيظهر الربح كما في الجارية الواحدة، ولا تشبه الإبل والبقر والغنم والعبيد؛ لأن العبيد لا يقسم والإبل والبقر يقسمان، ألا ترى لو كان عشر من الإبل بين اثنين وجبت الزكاة عليهما، ولو كان عشرة أعبد بين اثنين لم تجب صدقة الفطر على أحدهما والله أعلم بالصواب.

كتاب المزارعة

يحتاج إلى معرفة: شرعية المزارعة، والمعاملة، وتفسيرهما، وركنهما، وشروطهما على قول من يرى جوازهما، وحكمهما شريعة، وأنواعهما.

أما شرعيتهما: فهما فاسدتان عند أبي حنيفة، وعندهما جائزتان، وعند الشافعي المعاملة جائزة وهي المساقاة والمزارعة فاسدة إلا تبعًا للمعاملة بأن دفع الأرض مع النخيل معاملة وكانت الأرض تسقى بماء النخيل.

لهما: ما رُوي أن النبي عليه السلام دفع النخل إلى أهل خيبر معاملة ودفع الأراضي إلى أهل خيبر مزارعة بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع؛ ولأنه جرى التعامل والتعارف بهما بين السلف فصارت شريعة متوازنة ولأن للنّاس ضرورة وحاجة فيهما؛ لأن كل واحد لا يمكنه أن يزرع ويعمل بنفسه وقل ما يرغب العامل في العمل بالأجرة فجوزناها لحاجة الناس مع كون الأجرة معدومة ومجهولة[1].

لأبي حنيفة: ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة وهي المزارعة.

وروى رافع بن خديج أن النبي عليه السلام "نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ"[2]، والمخابرة

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١٧٤/٥ وما بعدها، ١٨١ وما بعدها، وتبيين الحقائق ٢٧٨/٥ وما بعدها ٢٨٤، وحاشية الدسوقي ٣٧٢/٣، ٥٣٩، ومواهب الجليل ١٧٦/٥، ٣٧٢، والقوانين الفقهية ٢٧٧ وما بعدها، ومغني المحتاج ٣٢٢/٢ وما بعدها، وكشاف القناع ٥٣٢/٣.

(٢) أخرجه «البخاري» ١١٥/٣ (٢٣٨١) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا ابن عيينة. و«مسلم» ١٧/٥ (٣٩٠٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، ومحمد بن عبد الله بن نمير، وزهير بن حرب، قالوا جميعًا: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٣٩٠٨) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: أخبرنا مخلد بن يزيد الجزري. و«ابن ماجه» (٢٢١٦) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان. و«أبو داود» (٣٣٧٣) قال: حدثنا إسحاق بن إسماعيل الطالقاني، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ٢٦٣/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٦٩) قال: حدثنا =

هي المعاملة، حكاه ابن الأعرابي وحديث جرير محمول على أنه كان خراج مقاسمة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح خيبر عنوة وقهرًا ترك خيبر على أهلها بوظيفة وظفها عليهم وهي نصف ما يخرج كيلهم وأراضيهم، ألا ترى أنه لم يذكر فيه إجلاء والإجارة لا بد من ذكر الأجل علم أنه كان خراج مقاسمة ولأن المزارعة تنعقد إجارة بدليل افتقارها إلى اشتراط المدّة لتصير المنافع المعقود عليهما معلومة والأجرة هنا مجهولة معدومة وكلاهما يفسدان الإجارة والقياس إنما يترك بالتعامل إذا لم يكن بين الصّدر الأول في ذلك خلاف وفي جوارهما خلاف في الصدر الأول فلا يكون التعامل حجة كما أن أهل مكة تعاملوا بالمتعة وأهل الشام تعاملوا بأكل لحوم الحمر الأهلية ولم يكن ذلك حجة كما كان في الصدر الأول فيه خلاف والفتوى على قولهما لحاجة الناس.

وأمّا تفسيرهما لغة: فالمزارعة مفاعلة من المزارعة والمعاملة مفاعلة من العمل وفي الشريعة عبارة عن عقد المزارعة ببعض الخارج وهو إجارة الأرض أو العامل ببعض الخارج وكذا المعاملة هي إجارة العامل ليعمل في كرمه وأشجاره من السقي والحفظ ببعض الخارج.

وأمّا إجارتهما بالدراهم والدنانير لا تسمى مزارعة، وتسمى المزارعة مخابرة، ولهذا يسمى الأكار خبيرًا والنصيب خبرة، وقيل: إن المخابرة اشتقت من معاملة

=

محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧/٢٧٠، وفي «الكبرى» (٦٠٩٦) قال: حدثنا عبد الحميد بن محمد، قال: حدثنا مخلد بن يزيد. و«أبو يعلى» (١٨٤٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا سفيان.

كلاهما: (سفيان بن عيينة، ومخلد بن يزيد) عن عبد الملك بن جريج، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر بن عبد الله، قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن المزابنة، والمحاقلة، والمخابرة، وأن لا يباع الثمر حتى يبدو صلاحه، وأن لا يباع إلا بالدينار أو الدرهم، إلا أنه رخص في العرايا».

والمخابرة: كراء الأرض على الثلث والربع، والمحاقلة: بيع السنبل بالحنطة، والمزابنة: بيع الثمر بالتمر.

رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر[١]، حكاه القتبي عن ابن الأعرابي، ويجوز أن يسمى الفعل باسم المكان الذي وجد فيه الفعل فصارت لغة مستعملة في المزارعة واسم المخابرة يشتمل المزارعة والمعاملة.

وأما ركنها: فالإيجاب والقبول لأنها تنعقد إجارة وتتم شركة والركن في الإجارة الإيجاب والقبول.

وأمّا شرائط جوازها: فستّة:

أحدها: كون الأرض صالحة للزراعة وكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد.

والثاني: بيان المدة.

والثالث: بيان النصيب على وجه لا يقطع الشركة في الخارج بأن يقول بالثلث أو بالنصف.

والرابع: التخلية بين الأرض والنخيل بين العامل والمزارع.

والخامس: بيان من عليه البذر أنه على الأرض أم على المزارع.

والسادس: بيان ما يزرع في الأرض حنطة أو شعير أو يفوض الأمر إليه لأنها تنعقد إجارة وتتم شركة.

فأربعة من هذه الشروط شروط جواز الإجارة فيكون شرط الجواز المعاملة وتبيان شرط في المعاملة على الخصوص لأنها تصير شركة في الانتهاء ولا بد للشركة من بيان النصيب وبيان من عليه البذر حتى يعرف أن المستأجر وهي الأرض أو العامل.

وأمّا حكمهما شريعة: فإثبات أحدهما يثبت للحال وهو ثبوت الملك في منفعة الأرض إن كان البذر من جهة المزارع؛ لأنه يصير مستأجرًا للأرض أو ثبوت الملك في منفعة العامل إن كان البذر من جهة رب الأرض لا يصير مستأجرًا للعامل، والثاني يثبت في المال وهو ثبوت الشركة في الخارج لأنها تصير شركة في المال.

---

(١) المقصود أنها سميت مخابرة من تسمية العرب الزارع خبيرا وقيل هذا الاشتقاق من معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر فسميت مخابرة بالإضافة إليهم.

فأما بيان أنواعها: فمعرفة ذلك مثبتة على معرفة أصولها منهما أن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء وثم شركة انتهاء لأنها تنعقد إجارة على منفعة الأرض أو منفعة العامل إن كان البذر من صاحب الأرض فهو مستأجر للعامل ليعمل له في أرضه بما يقطعه من العوض وهو بعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر، وإن كان البذر من قبل العامل فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج، ولهذا لا يصح من غير بيان المدة ولا يجوز على منفعة البقر؛ لأن الشرع جاء بجواز المزارعة ببعض الخارج إذا كان عوضًا عن منفعة الأرض أو منفعة العامل بخلاف القياس لحاجة الناس فمتى وقعت المزارعة على هذا الوجه تكون صحيحة وإلّا تكون فاسدة.

وأمّا معنى الشركة لأنها تنعقد لإثبات الشركة في الخارج من الأرض والنخل فيكون الخارج مشتركا بينهما على قدر ما سميا في العقد، ولهذا لو عمل المزارع ولم يخرج من الأرض شيء لا أجر له كما في سائر الحركات فمتى وقعت المزارعة على هذا الوجه صحت وإلا فلا، ثم ينظر إن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو مستأجر للعامل ببعض الخارج، وإن كان البذر من العامل فهو مستأجر للأرض؛ لأن كل من كان من جهته غير مال فهو مستأجر وكل من كان جهته منفعة فهو مؤاجر كما في الإجارة المؤقتة وصاحب البذر من جهته عينه مال وهو الخارج من بذره فيكون مستأجرا وغير صاحب البذر من جهته الخارج فكان مؤاجرا ثم المزارعة على قولهما على ستة أوجه أحدها: أن تكون الأرض والبذر والبقر والآلات كلها من رب الأرض والعمل من العامل وهو جائز؛ لأن رب الأرض مستأجر للعامل ببعض الخارج وشرط آلات العمل على رب الأرض لا يوجب الفساد؛ لأنه شرط يقتضيه العقد من وجه؛ لأن العامل إنما يقدر على العمل بآلات العمل وصاحب الأرض يقدر على الاستيفاء إذا كان للعامل آلة العمل فكان فيه تأكيد الإيفاء والاستيفاء وأنه مما يقتضيه العقد فصار كاشتراط الكفالة والرهن في البيع.

والثاني: أن تكون الأرض من صاحب الأرض والباقي كله من العامل وهو

جائز؛ لأنه يكون العامل مستأجرا للأرض وحدها واستئجار الأرض وحدها واستئجار العامل وحده ببعض الخارج جائز.

والثالث: أن تكون الأرض والبذر من رب الأرض والبقر والعمل وآلاته من العامل وهو جائز؛ لأنه يكون صاحب الأرض مستأجرا للعامل، والبقر آلة العمل؛ لأن العمل مع البقر أجود فيكون معًا للعمل فلا يكون الأجر بمقابلة البقر كمن استأجر خياطا ليخيط بآلته يجوز.

والرابع: أن يكون البقر من صاحب الأرض والبذر من العامل فهذا فاسد؛ لأنه يصير العامل مستأجرا للأرض والبقر ببعض الخارج؛ لأن الخارج ملك صاحب البذر؛ لأنه يتولد من بذره ثم يستحقه رب الأرض بمقابلة الأرض والبقر، واستئجار البقر ببعض الخارج مقصودًا لا يجوز فبقيت المزارعة على أصلها من القياس والقياس يأبى استئجار الأرض والعامل ببعض الخارج لكون الأجرة معدومة مجهولة، وعن أبي يوسف أنه أجاز ذلك وجعل منفعة البقر تبعًا لمنفعة الأرض كما جعلت تبعًا لمنفعة العامل، فإن البقر تبع الأرض في العقد، ألا ترى أنه يصح وقف البقر مع الأرض ولا يصح وقفه مقصودا والجواب عنه أنه أمكن أن يجعل البقر تبعًا للعامل؛ لأنه من آلاته ولا يمكن أن يجعل تبعًا لمنفعة الأرض؛ لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض فلم تجعل تابعة لها والبقر مقصود في العقد هنا؛ لأن بعض الأجرة في مقابلته واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز.

والخامس: أن يكون من أحدهما بذر لا غير والباقي من الآخر لا يجوز؛ لأنه يصير مستأجرًا للأرض والعامل والبقر جميعًا ببعض الخارج ولم يرد الشرع به وعن أبي يوسف أنها جائزة.

والسادس: أن يشترك أربعة من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر، ومن الثالث البقر، ومن الرابع العمل فهي فاسدة وفي غير هذه الحادثة ورد الأثر بالفساد ومتى فسدت المزارعة والمعاملة فالخارج كله لصاحب البذر والشجر؛ لأنه نماء ملكه؛ لأن الزرع والثمر يتولد من البذر والشجر والعمل شرط لحصولهما كالحضانة للبيضة شرط لحصول الفرخ والفرخ يتولد من البيضة وكان حدوث الزرع والثمر

مضافًا إلى البذر والشجر لا إلى العمل والأصل غير مشترك فما يتولد منه لا يكون مشتركا بل يكون الفرع لصاحبه الأصل، وإن كان البذر للعامل فعليه لرب الأرض أجر مثل الأرض، وإن كان البذر لرب الأرض فعليه للعامل أجر مثل عمله؛ لأن المزارعة متى فسدت صارت إجارة فاسدة من كل وجه كالمضاربة بل أولى لأنها انعقدت إجارة، وفي الإجارة الفاسدة الأمر كذلك، ثم إن كان البذر من رب الأرض يطيب له الخارج كله ولا يتصدق بشيء؛ لأنه نماء ملكه وقد حصل في أرضه، فإن الزرع لا ينمو بعمل العامل بل العمل يؤثر في الأرض، ثم الزرع ينمو بالأرض فلم يكن العمل سببًا للنماء فلم يكن كسبًا خبيثًا، وإن كان البذر من العامل فالخارج بقدر بذره وبقره ويقدر ما غرم من أجر مثل الأرض والمؤن تطيب له؛ لأنه أدى عوضه ويتصدق بالباقي؛ لأنه وإن تولد من بذره لكن في أرض غيره يعقد ويتصدق بالباقي؛ لأنه وإن تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد؛ لأن الزرع ينمو بجودة الأرض ويقل بقلتها وكانت منفعة الأرض سببًا لنمو الزرع وزيادتها والعقد انعقد فاسدًا على منفعة الأرض وكان كسبًا خبيثًا وكذلك عمل العامل.

وإذا لم تخرج الأرض والشجر شيئًا في الزراعة والمعاملة الصحيحة فلا شيء لواحد منهما؛ لأن صاحب البذر يستحق الخارج بسبب أنه نماء ملكه لا بالإجارة ومن ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط في عقد المزارعة فمتى كان العقد صحيحًا يجب البدل المسمى، فإن كان فاسدًا وجب أجر المثل بمقابلة منفعة الأرض أو منفعة العامل؛ لأنه لم يرض ببدل المنفعة بغير عوض لكن عند محمد يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ.

وعند أبي يوسف: مقدر بقدر قيمة الخارج المسمى وقيل على قياس قول أبي يوسف في الشركة الفاسدة أنه يجب أجر المثل بمقدار ما شرط له من الربح ينبغي أن لا يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة إذا لم تخرج الأرض شيئًا؛ لأنه لم يوجد ما يقدر به أجر المثل عنده فتعذر إيجاب أجر المثل عنده.

(باب اشتراط النصيب وبيانه في المزارعة والمعاملة)

فيه فصلان:

فصل في اشتراط الخارج لهما.

وفصل في اشتراط كل الخارج لأحدهما.

(فصل)

فإذا تعاقدا على زراعة أرض على أن الخارج بينهما جاز، فإن بيّن نصيب من لا بذر من جهته لا غير جازت؛ لأن صاحب البذر يستحق الخارج بملكه في البذر ولا يحتاج إلى البيان، ومن لا بذر منه يستحق الخارج بالشرط أجره للعمل أو للأرض ولا بد من إعلامه، فإذا أعلم ما يحتاج إلى إعلامه جاز، وإن بين نصيب رب الأرض لا غير فسدت قياسا؛ لأنه لم يعلم ما يحتاج إلى إعلامه وصحت استحسانًا؛ لأن بيان نصيب أحد الشريكين يكون بيانًا لنصيب الآخر؛ لأن تبيان نصيب أحدهما يبين نصيب صاحبه كما في المضاربة والشركة.

ولو شرط على أن يأخذ صاحب البذر بذره والباقي نصفان لا يجوز؛ لأن هذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة في الخارج؛ لأن البذر أقفزة معلومة وربما لا تخرج الأرض إلّا مقدار البذر وكل شرط مما يقطع الشركة في الخارج يفسد المزارعة؛ لأن موجبها الشركة في الخارج.

وإن شرط أن يأخذ صاحب البذر العشر والباقي نصفان لا تفسد المزارعة؛ لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج؛ لأن الخارج وإن قل يكون له عشر وتسعة أعشار، فإنه لو خرج مثلا عشر حبات كان له عشر فيصير كأنه شرط لنفسه خمسة أعشار الخارج ونصف عشره وللآخر أربعة أعشار الخارج ونصف عشره فجاز وهذا هو الحيلة لمن أراد أن يصل إليه قدر بذره ولا تفسد المزارعة.

وإن شرطا أن يأخذ صاحب البذر خراجها والباقي نصفان فسدت، وكذلك لو شرط قفزانا؛ لأن هذا شرط يقطع الشركة في الخارج؛ لأن الخراج المشروط

للسلطان مشروط لرب الأرض؛ لأن الخراج عليه فصار كالمشروط بقضاء دينه فيكون له؛ لأن منفعته تعود إليه فصار كأنه شرط لرب المال من الخارج دراهم مسمّاة أو قفزانا مسمّاة يرفعها من الخارج وهذا الشرط يقطع الشركة في الخارج لاحتمال أن لا يزيد الخارج على قدر الخراج.

ولو شرط ربع العشر وهي عشرية ثم الباقي بينهما جازت؛ لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج؛ لأن عندهما العشر عليهما فيكون قدر العشر أو ربع العشر لهما فصار كأن قال ربع العشر بيننا والباقي بيننا نصفان فكان هذا اشتراط الخارج بينهما نصفين.

وعند أبي حنيفة: العشر على رب الأرض فيكون مشروطًا له؛ لأنه يقضي بالشرط حقا وجب عليه فصار كأنه شرط لنفسه خمسة أسهم وربع من عشرة أسهم وذلك جائز، فإن لم يأخذ السلطان العشر فهو لصاحب الأرض وهذا قول أبي حنيفة على قول من أجاز المزارعة؛ لأن عنده العشر على صاحب الأرض فيكون المشروط له وعندهما العشر عليهما فيكون المشروط لهما فيكون بينهما نصفين.

ولو قال صاحب الأرض للعامل: ما أدري ما يأخذ السلطان العشر أو نصفه فأعاملك على أن لي النصف مما تخرج الأرض بعد الذي يأخذ السلطان العشر جازت عندهما؛ لأن العشر عليهما في المزارعة فالمشروط له يكون مشروطًا لهما وكان الخارج بينهما نصفين سواء أخذ السلطان العشر أو نصف العشر أو لم يأخذ شيئًا وهي فاسدة عند أبي حنيفة لو كان يرى جوازها؛ لأنه صار كأنه شرط للعامل أربعة أعشار ونصف أو أربعة أعشار وثلاثة أرباع عشر فصار المشروط للعامل مجهولًا وجهالة نصيبه تمنع جواز المزارعة.

(فصل)

ولو شرط الخارج كله لأحدهما، فإن كان البذر من رب الأرض جاز والخارج كله للمشروط له؛ لأنه إن شرط الخارج كله لنفسه فليس يجب هذا الشرط إلا للاستعانة بالعامل ليزرع أرضه؛ لأنه لم يشترط لعمله وبقره عوضًا فكان متبرعًا في

العمل فصارت المزارعة كناية عن الاستعانة والاستعانة جائزة وصار كما لو دفع ماله مضاربة على أن الربح كله لرب المال كان بضاعة، وإن شرط الخارج كله للعامل فليس يجب هذا الشرط إلا إعارة الأرض من المزارع وإقراض البذر منه؛ لأنه جعل له الانتفاع بأرضه من غير عوض شرط عليه وهذا هو الإعارة وجعل كل الخارج له ولن يصير كل الخارج له إلا بعد أن يكون البذر ملكًا له فقد ملك البذر منه والقرض أقل التمليكين؛ لأنه لا يقطع الملك عن بذله فجعلناه مقرضا لا واهبا كما لو دفع المال مضاربة على أن جميع الربح للعامل صار المال قرضا عليه فكذا هذا.

فأما إذا كان البذر من المزارع وشرط جميع الخارج لأحدهما فهو على أربعة أوجه:

أحدها: لو قال صاحب الأرض للمزارع: ازرع أرضي ببذرك ليكون الخارج كله لي فهو فاسد والخارج كله لصاحب البذر وعليه أجر مثل الأرض؛ لأن المزارع صار مستأجرًا للأرض بجميع الخارج فهذا الشرط يقطع الشركة في الخارج فيكون منافيا لموجب العقد فيفسده، وقيل ينبغي أن يصير رب المال مستقرضا للبذر كما في المسألة الأولى قلنا: إن المزارع هنا لو جعلناه مقرضا للبذر من رب الأرض صار عاملا له من كل وجه ومتى جعلناه مستأجرا للأرض صار عاملا لنفسه في الزراعة من وجه؛ لأنه من حيث إنه يملك منفعة أرض رب الأرض يكون عاملا لنفسه وكان إثبات الإجارة أولى من إثبات القرض؛ لأن الحر عامل لنفسه ما لم يجعل عمله لغيره، وإن كان في جعله مستأجرا للأرض مباشرة العقد الفاسد لأنا متى جعلناه مقرضا أبطلنا ملكه عن منافعه وجعلناه لغيره ومنافع الحرّ مملوكة له وظاهر الحال لا يصلح حجة لإثبات ما كان ثابتا بخلاف المسألة الأولى لأنا لو جعلنا العامل مستقرضا إلا وصار عاملا لنفسه من كل وجه وكان جعله مستقرضا أولى.

والثاني: لو قال: على أن الخارج كله لك جاز وصار معيرًا أرضه منه.

والثالث: لو قال للمزارع: ازرع أرضي لي ببذرك على أن الخارج لي أو نصفان

جاز والبذر قرض على صاحب الأرض؛ لأنه إنما يكون زرعها له إذا كان البذر ملكًا له فاقتضى الأمر بالزراعة له إقراض البذر منه أولا فصار المزارع مقرضا البذر منه وصار رب الأرض قابضا له حكمًا لاتصاله بملكه كمن دفع لجاما إلى صانع لنموه بدرهم من عنده ليكون قرضًا عليه صار الصانع مقرضا وصار صاحب اللجام قابضا حكمًا وكذا هذا، وهذا الإقرار ثبت ضمنًا واقتضاء لا نصًّا وإفصاحًا فلا تفسد المزارعة؛ لأن المقتضى يثبت تبعًا للمقتضِي وحكم التبع حكم الأصل فيكون القرض من عمل الزراعة حكمًا.

والرابع: لو قال: ازرع أرضي لي ببذرك على أن الخارج كله لك فهو فاسد والخارج كله لرب الأرض؛ لأن بقوله ازرعها لي ببذرك صار مستقرضا البذر منه حتى يصير زارعا له وصار قابضًا له لاتصاله بملكه وقوله على أن يكون الخارج كله لك لم يكن إثبات جميع الخارج للمزارع بحكم القرض ثابتا؛ لأن القرض لا يصح إلا بالقبض ولم يوجد منه القبض بعد إلقاء البذر في الأرض حكمًا لاتصاله بملكه؛ ولأنه بالتبذير صار مستهلكًا واستقراض المستهلك لا يصح فبقي جميع الخارج مشروطًا لرب الأرض بحكم الإجارة.

ولو دفع البذر إلى رجل ليزرعه في أرضه ويقوم عليه على أن الخارج بينهما نصفان لم يجز؛ لأن المزارع لو كان عاملا مع رب الأرض لم يجز لفوات التخلية بين الأرض والمزارع؛ فلأن لا تجوز هذه المزارعة وقد شرط كل العمل على رب الأرض أولى.

ولو شرط أن يكون الخارج كله لرب الأرض جاز وهو مقرض للبذر؛ لأنه ليس يجب هذا الشرط إلا إقراض البذر من رب الأرض وقد صار رب الأرض قابضا لذلك بيده حقيقة.

وإن قال صاحب البذر: ازرع لي أرضك ببذري ليكون كله لك فهو فاسد؛ لأنه نص على أنه ما أقرض البذر منه بل أبقاه على ملكه فقد استأجر الأرض وربها بجميع الخارج وذلك يفسد المزارعة.

ولو شرط على أن الخارج كله لي جاز وصاحب الأرض معيرًا أرضه ومعينًا لصاحب البذر.

ولو قال: ازرعه في أرضك لنفسك على أن الخارج لي لم يجز والخارج لرب الأرض؛ لأن قوله ابذره لنفسك تنصيص على الإقراض؛ لأنه لا يكون باذرا لنفسه إلا بعد أن يكون البذر ملكًا له، وقوله على أن الخارج كله لي فقد استقرض منه ما وقع في الأرض وأنه لا يصح؛ لأنه صار مستهلكًا؛ ولأن القرض لا يصح إلا بعد القبض ولم يوجد من صاحب البذر قبض حقيقة وحكمًا لاتصاله بملكه.

(باب اشتراط الخارج لغيرهما)

فيه فصول:

فصل في اشتراط بعض الخارج لأجنبي.

وفصل في اشتراط الخارج لعبد أحدهما.

وفصل في اشتراطه للبقر.

(فصل)

ولو دفع أرضًا على أن يزرع ببذر المزارع وبقره ويعمل معه ثالث أجنبي والخارج أثلاثًا فالعقد فاسد بينهما وبين الأجنبي جائز بينهما، ولرب الأرض ثلث الخارج وثلثاه للمزارع وعليه أجرة مثل الأجنبي؛ لأن رب الأرض أجر الأرض من العامل ببعض الخارج؛ لأن البذر من جهته فصار المزارع الأول مالك المنفعة التي للأرض بالاستئجار فصار كما لو كانت الأرض مملوكة له ودفعها إلى عامل على أن يعمل معه لا يجوز لفوات التخلية بين الأرض وبين المزارع الثاني فكذلك هذا، ثم فساد المزارعة في حق الثاني لا توجب فساد المزارعة في حق الأول؛ لأن المزارعة الثانية غير مشروطة في الأولى، فإنه لم يقل على أن يعمل معه فلان بالثلث بل هي معطوفة على الأولى، فإنه قال ويعمل معه فلان والفاسد متى عطف على الجائز لا يوجب فساد الجائز، كما لو قال بعت منك هذا العبد بألف إلى شهر وهذه الجارية بألف إلى العطاء لا يفسد بيع العبد.

فأمّا إذا كانت الثانية مشروطة في الأولى بأن قال: على أن يعمل الثاني معه بالثلث هل تجوز المزارعة في حق الأول؟

اختلف المشايخ فيه؛ قيل: تفسد؛ لأن الثانية صارت مشروطة في الأولى ولرب الأرض منفعة في الثانية؛ لأن الربع مما يزداد بجودة العمل وجودة العمل تزداد بزيادة العامل فيزداد نصيب الأرض فتكون هذه منفعة مشروطة فيها صفقة ولأحد المتعاقدين فيها منفعة فيفسدان جميعًا كما في البيع، وكما لو شرط البقر أو العبد على رب الأرض والبذر من جهة المزارع، وقيل لا تفسد المزارعة في حق الأول، فإن نصيبه إنما هو الثلث وأنه لا يزداد ولا ينقص بعمل الثاني فلا يفسد به العقد، كما لو باع شيئًا بشرط أن يبتاع المشتري غلامه من أجنبي أو يقرض الأجنبي مالًا لا يفسد البيع بخلاف ما لو شرط البقر أو العبد على رب الأرض؛ لأن استئجاره البقر مشروط لصاحب الأرض من جهة المزارع وله فيه منفعة ففسد.

ولو كان البذر من رب الأرض والمسألة بحالها صحّت في حق الكل؛ لأنه استأجر العاملين ببعض الخارج وذلك جائز.

(فصل)

ولو شرط بعض الخارج لعبد أحدهما فلا يخلو إما أن كان مشروطًا لمن يملك رب الأرض أو المزارع كسبه كالعبد والمدبر وأم الولد أو لا يملك كسبه كالمكاتب والقريب.

وكل قسم على وجهين: إما أن كان البذر من قبل رب الأرض، أو من قبل المزارع.

أمّا القسم الأول: لو دفع أرضًا وبذرًا على أن ثلث الخارج لرب الأرض وثلثه لعبده وثلثه للعامل جاز شرطا عمل العبد أو لم يشترطا؛ لأنه لم يشترط عمله فالمشروط للعبد مشروط لمولاه؛ لأن المولى لا يصير مستأجرا لعبده فصار كأنه شرط لنفسه ثلثي الخارج وللمزارع الثلث، وإن شرط عمله فالمشروط للعبد يكون له حتى يقضي من ذلك دينه والمولى ممنوع عن أخذه وكان العبد كالأجنبي فصار كأنه دفع أرضه وبذره إلى رجلين جاز.

وأمّا إذا كان البذر من قبل العامل وقد شرط ثلث الخارج لعبد رب الأرض، فإن

لم يشترط عمله في المزارعة جاز؛ لأن المشروط للعبد لمولاه كما في المضاربة، فإن شرط عمله فهي فاسدة في ظاهر الرواية.

ورُوي عن أبي يوسف أنها جائزة؛ لأنها استئجار الأرض، واستئجار العامل وهو العبد ببعض الخارج وأنه جائز. وجه ظاهر الرواية أنه متى شرط عمل العبد يكون المشروط له لا لمولاه فصار العامل مستأجرًا الأرض والعبد ببعض الخارج وهو كما لو استأجر الأرض والبقر ببعض الخارج؛ لأن الأثر لم يرد بجواز ذلك فيرد إلى ما يقتضيه القياس.

وأمّا إذا شرط ثلثه لعبد العامل إن لم يشترط عمله جازت؛ لأن المشروط للعبد مشروط لمولاه، فإن شرط عمله فحكمه كما لو دفع أرضه إلى أجنبيين على أن يزرعها أحدهما ببذره ويعمل الآخر معه وقد مرّت.

وأما **القسم الثاني**: لو شرطا الثلث لمكاتب أحدهما أو قريبه أو لأجنبي، فإن كان البذر من قبل رب الأرض أن شرط عمله جاز وهو مزارع معه وله ثلث الخارج؛ لأنه يصير كأنه دفع أرضه وبذره إلى رجلين؛ لأنهما شريكان في العمل والمكاتب يستحق كسبه، وإن لم يشترطا عمله فالمزارعة جائزة والشرط باطل وثلث الخارج لرب الأرض؛ لأنه يعذر تصحيح هذا الشرط بحكم المزارعة؛ لأنه لا يجوز أن يستحق بعض الخارج بغير عمل ولا أرض ولا بذر فلم يصر المشروط حقا للمشروط له فصار المشروط كالمسكوت عنه فيملكه صاحب البذر بحكم ملكه، ولا تفسد المزارعة بهذا الشرط؛ لأنه لا منفعة فيه لأحد المتعاقدين للحال ولأن كان فيه منفعة لأحدهما فيكون المشروط لهؤلاء مشروطًا لأحد المتعاقدين وذلك ثلثا الخارج وذلك جائز.

وأما إذا كان البذر من قبل العامل إن لم يشترط عمله فهي جائزة وما شرط له فهو للعامل ولا شيء لواحد منهم لما ذكرنا.

وإن شرط عمله وعمل فله أجره مثله على العامل وما شرط له فهو للعامل؛ لأن المزارعة فيما بين العامل وصاحب الأرض جائزة، وفيما بين العامل والذي شرط عمله فاسدة، وصار كما لو دفع أرضه إلى رجلين ليزرعا على أن يكون البذر من أحدهما ومن الآخر مجرد عمل.

(فصل)

وما شرط للبقر فهو لصاحبه؛ لأن البقر لا يملك شيئًا فكان المشروط له شرطًا لصاحبه كما لو أوصى لدابة رجل بالعلف كانت الوصية لصاحب الدابة فصار كما لو شرط لعبد أحدهما ولا دين عليه، وإن شرط عمل البقر فهو كما لو شرط عمل العبد ولا دين عليه؛ لأنه لا يتعين مشروطًا لصاحب البقر كما في العبد بل يكون استئجارًا للعبد والبقر وما شرط للمساكين فهو لرب البذر؛ لأن الخارج إنما يستحق إما بالبذر أو بالعمل أو بالأرض وليس للمساكين شيء من ذلك فلا يثبت لهم استحقاق الشركة وصار المشروط لهم كالمسكوت عنه فيكون لصاحب البذر نصًّا ويتصدق به ديانة؛ لأن هذا بذر منه؛ لأنه أضاف البذر إلى سبب الملك وهو الخارج من بذره فلزمه أن يتصدق بثلث ما يخرج من بذره فصار كما لو قال ثلث مالي للمساكين إلا أن القاضي لا يجبره على ذلك؛ لأنه لا مدخل لقضاء في النذور، وكذلك لو شرط الثلث لأجنبي؛ لأن المشروط لم يصر حقا للمشروط له فيملكه صاحب البذر بحكم ملكه. دفع أرضه مزارعة على أن يزرعها العامل ببذره وعمله على أن له ثلث الزرع ولرب الأرض على أن يلزمها ببقر فلان ولفلان الثلث فالثلث لرب الأرض والثلثان للمزارع وعليه أجر مثل بقر فلان؛ لأن المزارعة جائزة فيما بين رب الأرض والمزارع؛ لأن العامل استأجر الأرض من ربها ببعض الخارج وهي فاسدة في حق صاحب البقر؛ لأن العامل استأجر البقر من صاحبه ببعض الخارج إذا كان البذر من جهته وذلك لا يجوز فيلزمه أجر المثل فهذا الشرط لا يوجب الفساد؛ لأنه مشروط للأجنبي لا لأحد المتعاقدين لما بيّنا.

(باب الأرض بين رجلين يدفع أحدهما إلى صاحبه مزارعة)

أصله: أن يجعل نصف كل واحد منهما كأرض على حدة؛ لأن العامل يعمل في أحد النصفين بحكم الملك وفي النصف الآخر بحكم المزارعة ولما اختلف حكم

النصفين وجب اعتبار كل واحد منهما على حدة وينظر إلى شرطهما إذا دخل الفساد على أحدهما فسدت المزارعة.

ثم مسائله على أربعة أقسام:

القسم الأول: أرض بين رجلين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وبقره، فأجزأته والخارج نصفان تفسد؛ لأنه صار كأنه قال للمزارع ازرع أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لي فهو فاسد في أرضين؛ لأنه أجر أرضه من العامل بجميع الخارج وقوله ازرع نصيبك ببذرك على أن يكون الخارج كله لك هذه مشورة وليست بمزارعة، وإذا فسد هذا في أرضين فسد في الأرض المشتركة أو يصير كأنه قال ازرع نصيبي ببذرك على أن الخارج بيننا وازرع نصيبك ببذرك ليكون الخارج بيننا فقد أجر أرضه ببعض ما يخرج من أرضه وبعض ما يخرج أرض غيره، فإنه لا يجوز؛ لأن القياس يأبى جوازها وإنما جوزنا فيما إذا أجر أرضه ببعض ما يخرج منها، وكذلك لو كان البذر من الدافع لأنا متى اعتبرنا كل نصف كأرض على حدة صار كأن الدافع قال ازرع نصيبي ببذري على أن يكون الخارج كله لي وازرع أرضك ببذري على أن يكون الخارج لك وهذا لا يجوز؛ لأنه جعل أجرة عمل الزارع في أرضه إقراض نصف البذر من الزارع، وإقراض البذر لا يصلح أجرًا لعمله في أرض صاحب البذر؛ لأنه لو صار أجرًا لعمله صار القرض مضمونا بالمثل وزيادة وهو عمله في أرض صاحب البذر وهذا لا يجوز، فالدافع استأجر العامل بما لا يصلح أجرًا لعمله ففسدت، وإذا كان هذا لا يجوز في أرضين متى كان أحدهما مشروطًا في الآخر بأن قال: ازرع أرضي ببذري على أن الخارج كله لي على أن أقرضك كرّ حنطة تزرع بها أرضك لم يجز فكذا لا يجوز في الأرض المشتركة؛ لأن كل نصف معتبر بأرضٍ على حدة، فإن قيل هلا جعل نصف الأرض بعينه أجرة عمله في أرض الدافع حتى تصح الإجارة قلنا: لو جعلنا كذلك أيضًا لا تصح الإجارة؛ لأنه يصير البذر مشتركا بينهما فيصير الدافع مستأجرا للعامل ليعمل في بذر مشترك، والإجارة على عمل الأجير فيه شركة لا يجوز كمن استأجر حمالا ليحمل حنطة لتكون أجرته نصف تلك الحنطة لا يجوز.

والثاني: لو شرط الخارج بينهما أثلاثا فلا يخلو إما أن كان البذر من قبل الدافع أو من قبل المزارع، فإن كان من قبل المزارع فقد شرطنا الثلثين للمزارع والثلث للدافع جاز؛ لأن تقديره كأنه قال للمزارع ازرع أرضي ببذرك على أن يكون ثلث الخارج من نصيبي لك وثلثاه لي ويعد جائزًا لأنه أجر نصيبه بثلثي الخارج من نصيبه وعلى أن تزرع أرضك ببذرك على أن كل الخارج لك وهذه مشورة وليست بمزارعة وكل واحد منهما جائز حالة الانفراد فتجوز حالة الاجتماع.

وإن شرط الثلثان للدافع والثلث للمزارع لم يذكره محمد رحمه الله ويجب أن تكون فاسدة؛ لأن تقديره كأنه قال للمزارع ازرع أرضي ببذرك ليكون الخارج ثلثه لي وثلثاه لك، وكل واحد منهما فاسد حالة الانفراد؛ لأنه أجر أرضه بجميع الخارج من أرضه وببعض الخارج من أرض المزارع.

وأما إذا كان البذر من قبل الدافع إن شرط الثلث لنفسه فسدت؛ لأن تقديره كأنه قال ازرع أرضي ببذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثا وهذا فاسد؛ لأنه جعل أجرة عمل المزارع في أرضه بعض ما يخرج من أرض المزارع وهذا لا يجوز؛ ولأنه دفع البذر إليه مفردا مزارعة من غير عمل ولا أرض وكلا الأمرين فاسدان، وإن شرط الثلثين للعامل فسدت أيضًا؛ لأن تقديره كأنه قال: ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج بيننا أثلاثا على أن تزرع أرضك ببذري ليكون الخارج كله لك وهذا فاسد؛ لأن الدافع جعل أجرة عمله في أرضه بعض الخارج من أرضه وإقراض البذر ليزرع أرضه فاسد.

والثالث: لو كان الأرض والبذر منهما فلا يخلو إما أن يكون البذر بينهما نصفين أو أثلاثا ثلثاه من الدافع وثلثه من العامل أو على عكسه، وكل وجه لا يخلو إما أن شرطا أن يكون الخارج بينهما نصفين أو أثلاثا ثلثاه للدافع وثلثه للعامل أو على عكسه.

أما إذا كان البذر منهما نصفين والخارج كذلك جازت؛ لأن تقديره كأنه قال ازرع أرضي ببذري على أن يكون الخارج كله لي، وهذه استعانة بالعامل وهي جائزة على أن تزرع أرضك ببذرك ليكون الخارج كله لك وهذه مشورة وليست

بمزارعة وهي جائزة فكان كل واحد منهما جائز حالة الانفراد وكذلك يجوز حالة الاجتماع، وإن شرطا أن يكون الثلثان للعامل جائزة في رواية وفي رواية فاسدة هذا إذا كان البذر متميزا وقت الإلقاء، وإن كان البذر مختلطا وقت الإلقاء لا تجوز المزارعة في الروايات كلها. وجه رواية الفساد أن البذر صار مشتركًا بينهما؛ لأنه بعد الإلقاء صار مختلطا أحدهما بالآخر ووقوع الشركة في البذر مانع من جواز المزارعة كما لو كان البذر مشتركا وقت الإلقاء؛ لأن الإجارة على عمل هو شريك فيه لا يصح والأصح رواية الجواز؛ لأن البذر لم يكن مشتركا بينهما وقت الإلقاء وإنما حدثت الشركة بعد الإلقاء وحدوث الشركة بعد إلقاء البذر لا يضر؛ لأن أصل الفعل لم يقع في محل هو شريك فيه، ألا ترى أن الخارج يحدث مشتركا في المزارعات ويكون على المزارع في ذلك أعمال وهذه الأعمال تحصل منه في شيء هو شريك فيه ثم تستوجب الأجر بجميع الأعمال علمنا أن حدوث الشركة بعد الإلقاء لا يضره.

وإن شرطا الثلثين للدافع فهي فاسدة؛ لأنه يصير كأنه قال: ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي على أن تزرع أرضك ببذرك فيكون الخارج بيننا أثلاثا ثلثاه لك وهذا فاسد؛ لأنه استعان بالعامل في أرضه ثم شرط عليه لنفسه بعض الخارج من أرضه وبذره، وهذا لا يجوز كمن دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه له بغير شيء على أن يعطي الخياط درهمًا لصاحب الثوب يكون باطلًا فكذا هذا؛ ولأن الدافع استوهب من المزارع ثلث الخارج من نصيبه؛ لأنه ليس له في نصيب المزارع عمل وبذر فلا يستحقه بالشركة واستيهاب المعدوم باطل.

وأمّا إذا شرطا ثلثي البذر على الدافع وثلثه على المزارع والخارج بينهما نصفان فهي فاسدة؛ لأنه صار كأنه قال ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي وازرع أرضك ثلثها ببذري وثلثاها ببذرك ليكون الخارج كله لك وهذا فاسد؛ لأن الدافع جعل أجرة عمل العامل في أرضه إقراض بذر يزرع نصيبه والإقراض لا يصلح أجر العمل ولأنه جعل بعض الخارج من بذره أجرة العمل المزارع في بذر مشترك، فإنه فاسد ولأنه دفع البذر مفردا بلا أرض ولا عمل وهذا لا يجوز، وكذلك لو شرطا

ثلثي الخارج للدافع وثلثه للمزارع أو على عكسه فهي فاسدة لأنه يصير كأنه قال للزارع: ازرع أرضك ثلثها ببذري وثلثاها ببذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثا وهذا لا يجوز؛ لأنه جعل أجرة عمل المزارع في أرضه. دفع البذر إليه مفردًا بلا أرض ولا عمل وهذا لا يجوز ولذلك ولو شرطا ثلثي الخارج للدافع وثلثه للمزارع أو على عكسه فهي فاسدة؛ لأنه يصير كأنه قال للزارع ازرع أرضك ثلثها ببذري وثلثاها ببذرك يكون الخارج بيننا وهذا لا يجوز؛ لأنه جعل أجرة عمل المزارع في أرضه. دفع البذر إليه مفردًا بلا أرض ولا عمل. أرض بين رجلين اشتركا على أن يعملا فيهما بنفسهما ببذرهما وبقرهما على أن الخارج نصفان جاز؛ لأنه يصير تقديره كأنه قال كل واحد منهما لصاحبه ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي وهذا جائز؛ لأنه استعانة بصاحبه ولأنهما لو لم يشترطا ذلك كان الخارج بينهما نصفين؛ لأن البذر بينهما نصفان فكذا إذا شرطا.

ولو شرطا أثلاثا كان فاسدًا؛ لأن صاحب الثلث استأجر صاحبه ليعمل في بذر مشترك بسدس الخارج والإنسان لا يستوجب أجرًا إذا عمله في شيء هو شريك فيه، وإن كان البذر بينهما والخارج جاز ونصفان لا يجوز؛ لأن صاحب الثلثين يأخذ الفضل من بذر صاحبه إمّا عوضًا عن عمله أو عوضًا عن أرضه، وعمله يقع في بذر مشترك وأرض مشتركة فلا يستوجب أجرا، وإذا اعتبرنا عوضًا عن ثلث حصته من الأرض يصير مؤاجرًا ثلث حصته بجميع ما يخرج منها، وهذا لا يجوز ولا كذلك إذا كان الخارج بينهما أثلاثا على قدر بذرهما.

ولو شرطا البذر والعمل والخارج عليهما إلا البقر، فإنه على أحدهما جاز وصاحب البقر معير لبقره؛ لأن صاحب البقر لما لم يشترط لنفسه فضلًا من بذر صاحبه لم يصر مؤاجرا بقره ببعض الخارج بل صار معيرا بقره من صاحبه ليزرع أرضه وأنه جائز وإن شرطا لصاحب البقر ثلثي الخارج فسدت والخارج نصفان؛ لأنه صار مؤاجرا بقره بثلث ما يخرجه بذر صاحبه وإجارة البقر ببعض الخارج فاسد ولصاحب البقر أجر المثل نصف بقرة فيما كربت؛ لأنه كرب أرضًا نصفها ملك صاحب البقر ونصفها ملك شريكه فيستوجب أجرا بإزاء ما يحصل من منفعة

الكراب لشريكه فرق بين هذا وبين ما إذا كان يحل بين رجلين دفعه أحدهما إلى صاحبه سنة هذه على أن يقوم عليه وثلثا الخارج للعامل وثلثه له فهو فاسد والخارج نصفان ولا أجر للعامل لما يأتي في بابه.

(باب المزارعة التي لم يُبَيِّنَا فيها مَنْ عليه البَذْرُ)

أصله: أن بيان من عليه البذر شرط لجواز المزارعة؛ لأنه إذا لم يعلم من عليه البذر كان المعقود عليه مجهولًا؛ لأن البذر إن كان من قبل العامل فالمعقود عليه منافع الأرض، وإن كان من قبل رب الأرض فالمعقود عليه منافع العامل فلا يدري من يكون البذر من قبله وهذه جهالة يوقعهما في المنازعة المانعة من المضي في المزارعة فأوجبت فسادها.

وحكي عن أبي نصر محمد بن سلام: هذا في مكان لم يكن في أيدي الناس في ذلك المكان عرف أن البذر على من يكون فأمّا في مكان بينهم عرف أن البذر على رب الأرض أو على المزارع تكون المزارعة جائزة؛ لأن المعروف كالمشروط كما في نقد البلد.

ولو دفع أرضًا مزارعة سنة ولم يسميا شيئًا فهو فاسد لفقد شرطهما وهو بيان من عليه البذر، وكذلك لو قال على أن يزرعها سنتك هذه لما بينا.

ولو دفعها على أن يزرعها لنفسه بالنصف جاز استحسانًا والبذر من العامل والقياس أن لا يجوز؛ لأن من عليه البذر مجهول ونوع البذر أيضًا مجهول؛ لأن الزراعة متفاوتة بعض الزرع أضر من بعض وجهالة أحدهما تفسد فجهالتهما أولى. وجه الاستحسان أن من عليه البذر معلوم دلالة؛ لأنه قال ازرعها لنفسك وإنما يكون المزارع مزارعا لنفسه إذا كان جميع الخارج له وإنما يكون جميع الخارج له إذا كان البذر من قبله حتى يكون الخارج متولدا من ملكه فيكون له ثم ما يستحق يستحق عليه بالشرط من جهته فكان قوله ازرعها لنفسك بيانًا منهما أن البذر من قبل الزارع دلالة وجهالة نوع البذر لا تمنع جواز المزارعة؛ لأن التفاوت بين أنواع البذر تفاوت يسير؛ لأنه لا يتوهم بزراعة بذر ما صيرورة الأرض بحال لا ينتفع بها،

والتفاوت اليسير لا يمنع جواز المزارعة كالتفاوت اليسير في السكنى والخدمة لم تمنع جواز المزارعة كالتفاوت اليسير في السكن والخدمة لم يمنع جواز الإجارة ويزرع ما بدا له من غلة الشتاء والصيف من الحصور والحبوب، ولا يغرس شجرا ولا كرمًا ونحوه؛ لأن اسم المزارعة لا يتناول الغراسة تحت عقد الزراعة دفعها على أن يزرعها سنته هذه ما بدا له من غلة الشتاء والصيف جاز والبذر من العامل؛ لأن قوله ما بدا له يكون بيانًا أن البذر من قبل المزارع؛ لأن بقوله ما بدا له لما فوض الرأي والتدبير له فقد جعله مالكًا للزراعة وإنما يكون مالكا للزراعة إذا كان البذر من قبله.

ولو قال: ما بدا لرب الأرض ما أحببت أو ما أردت فالبذر من رب الأرض والقياس أن يكون فاسدًا ما لم يبينا البذر من أيهما؛ لأنه يحتمل ما بدا من بذري أو بذرك. وجه الاستحسان أن هذا يكون بيانًا أن البذر من قبله دلالة حيث استبقى الرأي والتدبير في الزراعة لنفسه والخيار في المزارعة لمن يكون له البذر إن شاء زرع، وإن شاء ترك فلما شرط الخيار لأحدهما دل ذلك على أن البذر من قبل من له الخيار. دفع أرضًا أو بذرا على أن يزرعها سنته هذه بالرّبع جاز والربع للمزارع.

ولو قال على أن يزرعها ببذرك وعمل بالربع كان الربع لصاحب الأرض؛ لأنه أدخل حرف الباء في الربع وحرف الباء يصحب الإبدال فقد جعل الربع بدلا وإنما يستحق البدل من لا يكون البذر من قبله، فإن صاحب البذر يستحق الخارج بملكه؛ لأنه فرع ملكه لا بدلًا عن شيء دفعها على أن يزرعها حنطة من عنده بالنصف لا يزرع غير الحنطة، وإن كان أقل ضررًا من الحنطة؛ لأن رب الأرض جعل الأجرة هي الحنطة وهو المستحق للبذر فلا يملك المزارع أن يغير حق رب الأرض من جنس إلى جنس آخر بغير رضاه كما لو استأجر بدراهم ليس له أن يعطي مكانها دنانير استأجرها بدراهم يزرعها حنطة فزرع ما هو أقل ضررًا لا يضمن وعليه الأجر؛ لأنه لا يغير حقه بزراعة غير الحنطة إلا أنه خالف في الزراعة إلى خبر فلا يعد خلافًا فلم يضمن حتى لو زرع فيها ما هو أضر بالأرض يضمن؛ لأنه كان غاصبًا؛ لأن ما هو أضر غير داخل تحت العقد، وكذلك لو قال خذ هذه الأرض بزرعها حنطة أو لتزرعها أو فازرعها حنطة فهذا شرط لزراعة الحنطة؛ لأن قوله يزرعها معناه ليزرعها

الحنطة إلا أنه حذف لام التعليل وإنما دفع الأرض ليعمل هذا العمل.

وقوله: فازرعها الفاء للوصل فقد أوصل بالعقد زراعة الحنطة فصار شرطا على ما بينا في المضاربة ولم يذكر في المزارعة لو قال: خذ هذه الأرض مزارعة بالنصف وازرعها حنطة وذكر هذه في المضاربة ولم يعتبرها شرطا بل اعتبرها مشورة وقيل يجب أن تكون في المزارعة كذلك وإن قوله: ازرعها مما لا يستقيم الابتداء به فلا يعتبر متعلقا بما قبله كما في المضاربة وقيل يجب أن يعتبر شرطا في المزارعة حتى لو زرع غيرها يصير مخالفًا لأنا متى اعتبرناه شرطًا كان هذا بيانًا لنوع البذر فتجوز المزارعة قياسًا واستحسانًا ومتى لم يجعله بيانًا لنوع البذر جازت المزارعة استحسانًا لا قياسًا فكان اعتباره شرطًا مفيدًا.

فأمّا المضاربة جائزة من غير بيان مكان التصرف قياسًا واستحسانًا فلا حاجة إلى جعل قوله: واعمل بالكوفة شرطًا وأنه ممَّا يستقيم الابتداء به فاعتبر مشورة. دفع أرضًا وبذرًا على أن يزرعها سنته هذه فما خرج منها فللمزارع ربعه ولرب الأرض نصفه جاز وثلاثة أرباعه لرب الأرض؛ لأنه بيَّن ما يحتاج إلى بيانه وهو نصيب العامل فصار المسكوت عنه لصاحب البذر بحكم الملك، فإن قال: أجرتك هذه الأرض هذه السنة بالنصف وقال: على أن يزرعها بالنصف كان جائزًا لأن قوله أجرتك تنصيص على أن العامل مستأجر الأرض فإنما يكون مستأجرا إذا كان البذر من قبل العامل وقوله مزارعة لبيان جنس الأجرة.

ولو قال: أجرتك هذه الأرض هذه السنة بالنصف ولم يقل مزارعة ولا معاملة كان فاسدًا؛ لأنه لم يبين أنه أجرها للزراعة أو للغراسة والتفاوت بينهما فاحش فكان جنس ما يزرع وجنس الأجرة مجهولًا، فإن لم يتفاسخا حتى زرعها أو غرسها كان الخارج نصفين استحسانًا؛ لأن الفساد كان بجهالة ما يزرع أو ما يغرس، فإذا عمل نوعًا منهما ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة فانقلب جائزا من الأصل كما إذا استأجر دابة ليحمل عليها ولم يبين فحمل عليها شيئًا قبل الفسخ ينقلب جائزًا وقس عليه المعاملة.

ولو قال: قد استأجرتك هذه السنة تزرع هذه الأرض بالنصف جاز والبذر من

رب الأرض وما أعطاه من حبوب أو رطبه عليه زرعه؛ لأن الأجر هو العامل للمستأجر، وإن أعطاه شجرًا وكرمًا يغرسه فله أن يمتنع؛ لأنه لا يقع عليه اسم المزارعة.

(باب المزارعة على شرطين)

مسائله على أقسام ثلاثة:

القسم الأول: لو دفع الأرض والبذر سنة على أنه إن زرعها بغير كراب فللعامل ربع الخارج وإن كربها فثلثه، وإن كرب وثنى فنصفه جاز على ما شرطا، وكذلك لو كان البذر من جهة المزارع.

طعن عيسى وقال: يجوز الشرطان الأولان ولا يجوز الشرط الثالث، فإنه لو دفع بشرط أن بينهما فسد العقد فكذا إذا جمع بينهم والصحيح هو الفرق بينهما إذا أفرد العقد بشرط التثنية وبينما إذا جمع مع التثنية عقد آخر والفرق أن شرط التثنية في المزارعة إنما يفسد العقد؛ لأنه لو صح هذا الشرط في المزارعة يستحق عليه التثنية ويلزمه الوفاء بهما وأنه شرط لا يقتضيه العقد ولأحدهما فيه منفعة؛ لأنه تبقي منفعتها لرب الأرض إلى السنة الثانية فأفسد العقد وهنا التثنية غير مستحقة عليه ولا يلزمه الوفاء بها، فإنه خيره بين العقود الثلاثة فله أن يميل إلى العقد الآخر فلا يلزمه التثنية ونفس التثنية لا تفسد العقد فصار كما لو دفع بلا شرط التثنية، وكذا لو قال إن زرعها بكراب بكذا أو بغير فكذا أو بكراب وتثنية فكذا عن ابن سماعة في نوادره: أن هذه المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة، وعندهما جائزة بناء على أن من قال أعتق من شئت من عبيدي ليس له أن يعتق الكل وجعل كلمة مَنْ للتبعيض، وعندهما له أن يعتق الكل وجعلا كلمة مَنْ للصلة دون التبعيض فكذا هنا يجعل كلمة مَنْ للصلة فيصير كل عقد مضافًا إلى جميع الأرض، وعنده يجعل كلمة من للتبعيض فقد أضاف كل عقد إلى بعض منها مجهول القدر، والصحيح أنها جائزة بالإجماع؛ لأن كلمة من وإن كانت للتبعيض حقيقة وللصلة مجازًا ولكن هذه الجهالة لم توجب فساد المزارعة؛ لأن هذه الجهالة تزول وقت تأكد عقد المزارعة؛

لأن الكراب والتثنية يتقدمان على إلقاء البذر وحال إلقاء البذر يعلم ما كرب مما لم يكرب وكانت الجهالة زائلة وقت تأكد العقد فصار كما لو باع الشيء برقمه ثم علم الرقم في مجلسه جاز فكذا هذا.

ولو نص وقال بعضًا منها بكراب فلك كذا وبعضها منها بغير كراب إلى آخر يجب أن تجوز المزارعة؛ لأن الجهالة زائلة وقت تأكد المزارعة.

وأمّا **الثاني**: لو دفع الأرض على أن زرعها حنطة والخارج كذا، وإن زرعها شعيرًا فكذا وإن زرعها سمسمًا فكذا، وهذا على أربعة أوجه: إمّا أن قال: زرعتها، أو زرعت فيها، أو زرعتها منها، أو زرعت بعضها منها، فالمزارعة في الأوليين جائزة لأنه خيره بين العقود الثلاثة، وقد أضاف كل عقد إلى جميع الأرض فله أن يختار واحدًا منها كما في الإجارة، لو دفع يوما إلى خياط فقال إن خيطته رومية فلك درهم، وإن خيطته فارسية فلك نصف درهم، وأي ذلك اختار ارتفعت الجهالة وصح العقد فيه، وإن زرع فيها من الأصناف الثلاثة فالخارج من كل صنف على شرطهما فيه؛ لأنه ليس في تبعيض الأرض عند المزارعة ضرر يلحق المؤاجر وكان للبعض حكم الكل فيقسم الخارج على شرطهما فيه.

ولو قال: إن زرعت منها أو بعضها حنطة فكذا، وإن زرعت منها أو بعضها شعيرًا فكذا وسمسمًا فكذا فالمزارعة فاسدة؛ لأن له أن يزرع البعض حنطة والبعض شعيرًا وذلك البعض مجهول وهذه الجهالة قائمة وقت تأكد المزارعة؛ لأنه إنما يعلم بعض الزراعة للحنطة من البعض للشعير بإلقاء البذر فيفسد العقد كما لو علم بالرقم بعدما تفرقا عن المجلس ولا يلزم على أصلهما إذا أخرجا يوما وقال: إن قعدت حدادًا فكذا وإن قعدت خبازًا فكذا، وإن قعدت خياطا فكذا لا يصح؛ لأن الأجر يجب بالتخلية والتمكن من السكنى لا بحقيقة الفعل ولا يدري أي الآخرين يجب عند التخليلة أقلهما أو أكثرهما وكان الأجر مجهولًا حال وجوب الأجرة فلم يجز وفي المزارعة الأجرة تجب بالفعل والأجرة بعد وقوع الفعل معلومة فيصح.

ولو كان البذر من العامل وشرط على أن زرعها حنطة فبينهما نصفان، وإن زرعها شعيرًا فكله للعامل جاز على ما شرطا؛ لأن العقد الأول مزارعة والثاني

إعارة؛ لأنه أعار الأرض ليزرعها شعيرًا لنفسه، فإن لم يتبع بإزائه عوضًا فكل واحد بانفراده جائز فكذا عند اجتماعهما، كما لو قال إن سكنت هذه الدار شهرًا فبعشرة، وإن سكنت أخرى فبغير شيء جاز فكذا هذا.

وإن سمى الخارج من الشعير لنفسه جاز في الحنطة ولم يجز في الشعير؛ لأنه شرط الخارج كله لنفسه فتكون إجارة الأرض بجميع الخارج فلا يجوز؛ لأنه يقطع الشركة في الخارج فقد خيره بين المزارعة الجائزة والفاسدة وعطف أحدهما على الآخر ولم يشترط أحدهما في الآخر فلا يوجب فساد الجائزة، كما لو قال للخياط إن خطته روميّة فلك درهم، وإن خطته فارسية فلك رطل من خمر فالأولى جائزة والثانية فاسدة. دفع أرضه بثلثين سنة على ما زرع من حنطة أو شعير أو شيء من غلة الشتاء والصيف فنصفان، وما غرس فيها من نخل أو شجر أثلاثا جاز لما بينا ولا نسبة هذا البيع يريد به البيع على عين واحد ببدلين مختلفين لا يجوز، والمزارعة والإجارة ببدلين مختلفين يجوز، والفرق أن الثمن في البيع يجب بعد الفراغ منه وبعد الفراغ منه الثمن مجهول لا يدرى أن الواجب هو الدراهم أو الدنانير وفي المزارعة والإجارة البدل إنما يجب بعد العمل والأجرة بعد العمل معلومة.

ثم ذكر محمد التخيير بين عملين وبين أعمال ثلاثة في المزارعة ولم يذكر أنه هل يجوز التخيير في أكثر من ذلك.

وروى هشام عن محمد في (النوادر): أنّه لا يجوز التخيير في أكثر من ثلاثة أشياء دفع أرضًا وكر حنطة وكر شعير على أنه إن زرع الحنطة فيها فالخارج نصفان والشعير مردود عليه، وإن زرعها الشعير فالخارج كله لصاحب الأرض والحنطة مردودة عليه جاز كذلك؛ لأن العقد الأول مزارعة، والثاني استعانة بالعامل فقد خيره بين الإعانة وبين الزراعة وهذا جائز، كما لو قال للخياط إن خطته روميّة فلك درهم، وإن خطته فارسية فلا شيء لك جاز وأيهما ما اختار يجعل كأن العقد في الابتداء ما عقدا إلا عليه، وإن شرط الخارج من الشعير للعامل جاز والدافع مقرض لشعير ومعير للأرض دفع الأرض وحدها على أنه إن زرعها حنطة فالخارج

نصفان، وإن زرعها شعيرًا فكله للعامل، وإن زرعها سمسمًا فالخارج لرب الأرض فهو جائز في الحنطة والشعير على ما قال ولا يجوز في السمسم؛ لأن شرطه في الحنطة مزارعة وفي الشعير إعارة الأرض فيجوز كلاهما، وفي السمسم إجارة الأرض بجميع الخارج فلا يجوز، وإن كان البذر من صاحب الأرض وإقراض البذر وفي السمسم إعانة العامل لرب الأرض وكل ذلك جائز.

وأمّا **القسم الثالث**: دفع أرضًا على أن يزرعها ببذره على أنه إن زرعها في اليوم الأول من جمادى الأولى فالخارج نصفان وإن أخر فالثلث للمزارع فالشرط الأول جائز، والثاني فاسد في قول أبي حنيفة على قول من أجاز المزارعة وعندهما الشرطان جائزان بناء على ما لو دفع ثوبًا إلى خياط فقال إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم فعنده الشرط الأول جائز، والثاني فاسد، وعندهما كلاهما جائزان.

ولو كان البذر والبقر والعمل من المدفوع إليه على أن ما زرع منها في أول يوم من جمادى الأولى فثلثه للمزارع وثلثاه لرب الأرض وما زرعه منها في أول جمادى الآخرة فعلى عكسه ففاسد كله؛ لأن هذه مزارعة للبعض في كل واحد من الوقتين؛ لأنه ذكر كلمة من وهي للتبعيض فليس له أن يزرع الكل في واحد من الوقتين وكلاهما مجهولان فصار كما لو قال للخياط ما خطت منه اليوم فعلى حساب درهم وما خطت منه غدا فعلى حساب نصف درهم فهذا فاسد كله، وكما لو قال: ما زرعت فيها من حنطة فكذا وما زرعت من شعير فكذا كان فاسدًا فكذا هذا. دفع مزارعة والبذر من رب الأرض على أنه إن زرع بدالية فالثلثان للمزارع، وإن زرع بناضح فنصفان جاز؛ لأنه بمنزلة، كما لو قال للخياط إن خطته روميا فلك كذا، وإن خطته فارسيا فلك كذا جاز؛ لأنه عقد كل واحد من العقدين على أجرة معلومة وخيره بأن يبتدي بأيهما شاء من غير أن يكون أحدهما معلقا بفوات الآخر فجاز.

ولو قال على أن ما زرع منها بدلو فالثلثان للمزارع وثلثه لرب الأرض وما زرع منها بناضح فالخارج نصفان فهي فاسدة؛ لأنه عقد كل عقد على بعض بعض من الأرض مجهول؛ لأن كلمة من للتبعيض كما في مسألة الحنطة والشعير بخلاف

مسألة الكراب والتثنية كما بينا دفع أرضًا ثلاثين سنة على أن يزرع ما بدا له على أن الخارج في السنة الأولى نصفان وفي الثانية أثلاث وفي الثالثة أرباع وفي الرابعة أخماس جاز سواء كان البذر من رب الأرض أو المزارع؛ لأنه جمع في صفقة بين إجارات مختلفة لو انفردت كل واحدة جازت فكذا إذا اجتمعت ما لو عقد الإجارة المحضة على هذا الوجه، وكذلك لو شرط البذر في السنة الأولى من قبله وفي الثانية من جهة العامل جاز؛ لأنه استأجر العامل في السنة الأولى وأجر الأرض في السنة الثانية وهذا بمنزلة عبد دفعه إلى حايك يقوم عليه في تعليم الحياكة خمسة أشهر على أن يعطيه كل شهر خمسة دراهم وعلى أن يعطيه الحايك في خمسة أشهر أخرى في كل شهر عشرة دراهم فهو جائز على ما شرطا؛ لأنه استأجر الحايك وفي مدة لتعلم الغلام الصناعة وأجر الغلام منه بعد ذلك ليعمل للحايك فكذا هذا وإذا دفع أرضًا على أن يزرعها أرزا أو يغرسها نوًى على أن يحوله من موضعه إلى موضع آخر فالخارج نصفان، فإن عين موضع الحوالة والمزارعة فهي فاسدة، وإن لم يعين فهي جائزة؛ لأنه متى عين موضع الحوالة ربما لا يمكنه الوفاء به بجواز أن يكون زرعه كثيرًا لا يتسع في موضع الذي أمر بتحويله إليه فكل شرط ما لا يمكنه الوفاء به يفسد المزارعة، وإذا لم يعين موضع الحوالة يمكنه الوفاء به وشرط التحويل شرط فيه تنمية الزرع فصح الشرط.

ولو دفع أرضه على أن يزرعها قرطمًا ببذره فما خرج من عصفر فهو للزارع وما خرج من قرطم فهو لرب المال فهو فاسد، وكذلك لو شرطا على عكس هذا؛ لأن القرطم والعصفر كلاهما ثمرتان ليس أحدهما بأصل للآخر بل الأصل لهما الساق، ولا يجوز شرط إحدى الثمرتين لأحدهما والأخرى للآخر؛ لأن هذا يقطع ثبوت الشركة في الخارج، وصار كما لو شرط الحب لأحدهما والتبن لصاحب البذر لا يجوز؛ لأن كلاهما ثمرتان، وكذلك لو كان البذر من رب الأرض أو شرطا العصفر بينهما والقرطم لأحدهما أو على عكسه فكله فاسد؛ لأنهما جميعًا بمنزلة الثمرة وكل شرط يقطع الشركة في الثمار أفسد العقد.

(باب الاستثناء في المزارعة)

أصله: أنه متى شرط في المزارعة والمعاملة ما يقطع الشركة في الخارج أفسدهما؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة فمتى شرط ما يقطع الشركة في الخارج عسى يبقى إجارة محضة فالقياس يأبى جوازها؛ لأن الأجرة معدومة وليست بواجبة في الذمة دفع مزارعة على أن ما أخرجت هذه الجنة فلرب الأرض وما أخرجت الأخرى فللعامل فهي فاسدة؛ لأن هذا شرط يقطع الشركة في الخارج؛ لأنه ربّما لا يخرج إحدى الجنتين فيكون الزرع كله لأحدهما ولا يكون للآخر شيء.

ثم المسائل على ستة أوجه: إما أن شرطا أن يكون الأصل والفرع لهما، فالأصل هو التبن والغرس والفرع هو الحب والثمر؛ لأنه متولد منهما أو شرطا أن يكون الأصل لأحدهما والفرع للآخر، أو شرطا أن يكون الأصل بينهما لأحدهما أو شرطا أن يكون الفرع بينهما والأصل لأحدهما، أو شرطا أن يكون الفرع لهما وسكتا عن الأصل أو شرطا أن يكون الأصل لهما وسكتا عن الفرع، فإن شرطا أن يكون الأصل والفرع لهما بأن شرطا أن يكون الحب والتبن بينهما جاز؛ لأنه وجدت الشركة في جميع الخارج من عمله وإن ثبات الفصيل وثبات الغرس مضاف إلى إثباته كما أن خروج التمر مضاف إلى عمله واشتراط الشركة في جميع ما يخرج من عمل العامل جائزة، وإن شرطا أن يكون الأصل لأحدهما والفرع للآخر بأن شرطا التبن لأحدهما والحبُّ للآخر لا يجوز؛ لأن هذا شرط يقطع الشركة؛ لأنه ربما لا يخرج الحب ولأن الفرع إنما يملك بتملك الأصل لمن يملك الأصل يجب أن يكون الفرع له، فإذا شرطا الفرع لمن لا يملك الأصل كان باطلًا، وإن شرطا أن يكون الأصل بينهما وهو التبن والفرع وهو الحب للآخر وفي المعاملة الأغراس بينهما والتبن لأحدهما فهي فاسدة؛ لأن هذا الشرط يقطع الشركة فيما هو المقصود من الزراعة والمعاملة وهو الحب والثمرة ولأن الفرع يملك بملك الأصل، فإذا كان الأصل مشتركا بينهما يجب أن يكون الفرع كذلك، فإذا شرطا الفرع لأحدهما كان هبة ما لم يخلق فتكون باطلة، وإن شرطا أن يكون الفرع بينهما والأصل لأحدهما

ينظر إن شرطا الأصل لمن كان البذر والغرس فهي جائزة، وإن شرطا الأصل لمن لا بذر ولا الغرس له فهي جائزة فاسدة والقياس أن لا يجوز كلاهما وهو رواية عن أبي يوسف في النوادر؛ لأن الفرع إنما يملك بملك الأصل، فإذا كان الأصل لأحدهما يجب أن يكون الفرع كله له لأنا إنما جوزنا ذلك فيما كان البذر من قبله بالأثر، والتعامل بخلاف القياس، فإن النبي عليه السلام دفع نخيل خيبر معاملة بالنصف وكانت الشركة في الفرع وهي الثمرة لا في الأصل وهي الشجرة والناس تعاملوا على أن يكون الأصل لصاحب الأصل والفرع بينهما ولا أثر ولا تعامل فيما إذا اشترطا الأصل لمن لا بذر ولا غرس من جهته فبقي على قضية القياس وإن شرطا أن يكون الفرع لهما وسكتا عن الأصل كان الأصل وهو التبن والغرس لصاحب البذر والغرس؛ لأن الأصل والفرع ملكه وما يستحق عليه يستحق بالشرط فما لم يشتر لغيره يبقى على ملكه وقد شرطا الشركة في الفرع لا في الأصل فبقي الأصل على ملكه، ولهذا لو شرط صاحب البذر لصاحبه وسكت عن نصيبه فما وقع السكوت عنه يبقى على ملكه.

(باب الشروط المفسدة للمزارعة وما لا يفسدها)

أصله: أنه متى شرط في المزارعة على أحدهما عملًا ليس من أعمال المزارعة يفسدها؛ لأنه شرط فيها ما لا يقتضيه العقد ولأحدهما فيه منفعة فإنها تنعقد إجارة والإجارة تبطل بمثل هذا الشرط، وإذا شرط عملًا من أعمال المزارعة لا يفسدها؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد وعمل المزارعة كل عمل ينبت وينمي ويزيد في الخارج وكل عمل لا ينبت ولا ينمي ولا يزيد في الخارج لا يكون عمل المزارعة إذا شرط في المزارعة الحصاد والدراس والتذرية على أحدهما فسدت من أيهما كان البذر من قبله.

وعن أبي يوسف أنه يجوز إن شرطه على المزارع، وإن شرطه على رب الأرض فهي فاسدة، وكان مشايخ بلخ يفتون بهذا وكانوا يقولون يجوز شرط التنقية والحمل إلى منزل رب الأرض؛ لأن المزارعة بهذه الشرائط متعاملة فيها بينهم.

لأبي يوسف: أن الناس تعاملوا المزارعة بهذه الشرائط على المزارع، والشرط إذا كان متعاملا لا يوجب فساد العقد كما لو اشترى بغلا أو شراكا على أن يحذوه البائع وجه ظاهر الرواية أن هذه الأشياء ليست من أعمال المزارعة؛ لأن عمل المزارعة بينهم بإدراك الزرع؛ لأنه لا ينمو بعده، وكل عمل لا ينمو به الزرع ولا ينبت به ليس من أعمال المزارعة فقد شرط ما لا يقتضيه العقد فيفسده وهذا متعامل في بعض البلاد غير متعامل في البعض فلا يكون حجة لما بينا، فإن كان الزرع بعلًا فالحفظ والسقي على الزارع خاصة؛ لأنه من أعمال المزارعة لأنه مما يزيد في الخارج وإذا صار فصيلا، فإذا كان أن يفصلاه ويبيعاه فصيلًا فالفصل عليهما على قدر ملكيهما في الزرع؛ لأن الفصل ليس من أعمال الزراعة؛ لأنه مما لا ينمى ولا يزيد في الخارج بل يوجب نقصانا فيه، ألا ترى لو دفع القصيل مزارعة على أن يفصله للحال لم يصح وكان بمنزلة الحصاد والدياس، وكذلك لو دفع النخيل معاملة فما كان من عمل قبل أن يصير ثمرًا كالتلقيح والتركيب والحفظ ليلا ونهارا فعلى العامل وبعدما صار ثمرا فالحفظ والجذاذ عليهما لأنّه انتهى عمل المعاملة بالإدراك، وكذلك إذا أدرك البطيخ والباذنجان فالالتقاط والحمل والبيع عليهما؛ لأنه ليس من أعمال المزارعة، وما كان بعد بلوغ الزرع وتناهيه وجفافه فهو عليهما حتى يقتسمانه؛ لأنه لما انتهى الزرع انتهى العقد فيبقى مالًا مشتركًا بينهما فيكون المؤنة عليهما بقدر ملكيهما، فإذا اقتسماه لزم كل واحد منهما الحمل والحفظ في نفسه خاصة؛ لأنه مؤنة ملكه خاصّة، ومن عامل رجلًا على أن يحصد زرعه بالنصف لم يجز؛ لأن الزرع انتهى فلا يحصل بعمله شيء فلا يجوز ثبوت الشركة فيما حصل قبل عمله وكان ذلك بمعنى قفيز الطحان.

ولو دفع أرضًا مزارعة ثم اختلفا فقال رب الأرض: أكرها ثم ازرعها، وقال الزارع: أزرعها بغير كراب، فإن كان الزرع يخرج بغير كراب مثل ما يخرج فلا يجبر عليه، وإن كان مع الكراب يخرج أجود وصفًا لا يجبر أيضًا؛ لأن المقصود هو الخارج، والخارج يحصل بغير كراب، وإنما الكراب للجودة والزيادة والجودة لا تستحق في العقد إلّا بالشرط ولم يوجد الشرط لفظًا ولا غرما، كمن اشترى حنطة

فوجدها غير جيّدة لم يكن له الردّ، وإن كان يخرج بغير كراب قليلًا لا يخرج للناس مثله يجبر؛ لأن الناس يعدونه تعطيلا للأرض لا استغلالًا وتثميرًا، وتعطيل منفعة الأرض بغير رضاه لا يجوز فصار الكراب مشروطًا على المزارع في هذه الحالة مقتضى المزارعة؛ لأنه إنما يطلب بزراعة الأرض زرعا معتادًا بحيث لا يعده الناس تعطيلا، وكذلك لو قال لا أسقي وأدعها لسقي السماء إن كان يكتفي بسقي السماء لا يجبر، وإن كان لا يكتفي يجبر. دفع أرضًا وبذرًا على أن يكربها ويزرعها سنة والخارج نصفان فليس له أن يزرعها بغير كراب إذا كان الكراب أجود للزرع؛ لأن الكراب سبب لزيادة الغلة وجودتها، والجودة تستحق في العقد بالشرط ويجبر على الكراب لو امتنع كمن اشترى حنطة على أنها جيّدة فوجدها رديّة فله الردّ، وإن لم يكن في الكراب فائدة لم يجبر عليه، وإذا شرط تثنية الكراب فسدت المزارعة. واختلفوا في تفسير التثنية فقيل إن يكربها مرتين، وقيل إن يكربها مرّة ويزرع ثمّ يكربها مرة أخرى بعد الحصاد ويردها مكروبة إلى صاحبها، وقيل أراد بالتثنية أن يجعل الأرض جداول ومسنيات وبشتات فيزرع الجداول وينزل المسنيات والبشتات كما يفعل ذلك في أرض المسطحة وهذا التفسير صحيح؛ لأنه أضاف فعل التثنية إلى الأرض لا إلى الكراب إنما فسدت المزارعة بهذا الشرط؛ لأن منفعته تبقى بعد انقضاء السنة خاصًا لرب الأرض لا حظ للمزارع فيه وكل شرط في المزارعة ينتفع به رب الأرض بعد انقضاء مدتها يفسد المزارعة مدّة الزراعة مساني لا يفسد؛ لأن منفعتها لا تبقى لسنتين قالوا وهذا في بلادهم، فأمّا في بلاد الخضرة، فإنه يجوز المزارعة؛ لأن منفعة النبتية في بلاد الحضرة لا تبقى بعد انقضاء مدّة الزراعة.

وإن اشترط المزارع على رب الأرض كري الأنهار وإصلاح المسناة جاز من أيهما كان البذر، وإن شرط على الزارع فسدت؛ لأن كري الأرض وإصلاح المسناة على رب الأرض؛ لأن الزارع لا يصل إلى منفعة الأرض إلا بكري الأنهار وإصلاح المسناة وعلى رب الأرض تمكين المزارع والمستأجر من الانتفاع بالأرض كتطيين السطوح وإصلاح الميازيب على رب الدار إذا أجرها، فإذا شرط ذلك على رب الأرض فقد شرط ما يقتضيه العقد فلم يفسد، وإذا شرط على المزارع فقد شرط ما يقتضيه العقد ففسد.

ولو شرط الكراب على رب الأرض والبذر من قبل المزارع لم يجز؛ لأن العامل استأجر الأرض وربها ببعض الخارج، واستئجار الأرض ببعض الخارج لا يجوز، وإن كان البذر من قبل رب الأرض جاز؛ لأنه استأجر العامل ببعض الخارج ليعمل بعض أعمال المزارعة وذلك جائز كما لو دفع الأرض إليه مكروبة ليعمل فيها جاز، ألا ترى لو زرع رب الأرض الأرض فصار الزرع بقلا فدفعها إلى المزارع ليحفظها لبعض أعمال المزارعة فعلى هذ قال الفقيه أبو جعفر: إنما تجوز المزارعة إذا بين للكراب وقتًا معلومًا، وإن لم يبين فالزراعة فاسدة لجهالة وقت انعقاد المزارعة، وقيل إنما جاز شرط الكراب على رب الأرض، وإن كان شرطًا لا تقتضيه المزارعة؛ لأنه شرط غير لازم؛ لأن المزارعة غير لازمة في حق صاحب البذر قبل إلقاء البذر فكذا ما شرط فيها، فعلى هذا قيل: المزارعة جائزة وإن لم يتبين للكراب وقتا.

ولو شرط حفظ الزرع على ربّ الأرض حتى يستحصد فهي فاسدة من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن حفظ الزرع على المزارع؛ لأنه من أعمال الزرع وفيه منفعة لأحدهما فيفسده، وإن شرط على المزارع أن يغيره يفسد من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط ما تبقى منفعته بعد انقضاء مدّة الزراعة؛ لأن منفعة السرقين تبقى إلى العام الثاني وإذا طرح السرقين فيها فعلى رب الأرض أجر مثل عمل العامل، وقيمة سرقينه؛ لأنه اشتراه شراءً فاسدًا لأنه متى كان البذر من قبل رب الأرض فقد بذر نصف الخارج بإزاء منفعة العامل وبإزاء السرقين، وما يقابل السرقين يكون شراء فاسدا؛ لأن شراء السرقين ببعض الخارج لا يجوز وقد صار قابضا له لإيصاله بملكه فملكه، وإن كان البذر من قبل المزارع فلا يغرم رب الأرض قيمة السرقين؛ لأن منفعته حاصلة للمزارع حال قيام الزرع في الأرض وبعد الحصاد لا يبقى غير السرقين؛ لأنه صار مستهلكًا بل تبقي منفعته وهي قوة الأرض وتجرد المنفعة لا يتقوم من غير عقد ولا شبهة عقد، وإن شرط على رب الأرض أن يسرقنها، فإن كان البذر من قبل المزارع فهي فاسدة؛ لأن العامل استأجر الأرض واشترى السرقين ببعض الخارج وأنه فاسد وعليه أجر مثل الأرض وقيمة السرقين لرب الأرض؛ لأنه صار مشتريا له شراء فاسدًا وقابضا له لاتصاله بزرعه ومنفعته

حاصلة، وإن كان البذر والسرقين من جهة رب الأرض فهي جائزة؛ لأنه استأجر العامل ليزرع أرضه المسرقنة، وأنه جائز إذا بيَّن للسرقنة وقتًا معلومًا ولأن شرط السرقنة على رب الأرض غير لازم؛ لأن المزارعة في حق صاحب البذر غير لازمة فعلى هذا يجب أن تكون السرقنة مشروطة في المزارعة قبل إلقاء البذر، فإذا شرط بعد إلقاء البذر وهذا كله إذا شرط أحدهما على صاحبه أن يسرقن الأرض من عنده فأمّا إذا شرط أحدهما على الآخر إلقاء السرقين في الأرض من سرقين رب الأرض كما هو المتعارف من بلادنا هل تجوز المزارعة؟ لم يذكره محمد.

وقال مشايخنا: ينظر إن كان شرط إلقاء السرقين على الزارع فهي جائزة من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط يقتضيه العقد؛ لأن إلقاء السرقين من عمل المزارعة؛ لأنه ممّا يزيد في الخارج وكان كالكراب ومنفعة عمله لا يبقى إلى العام الثاني وإنما تبقى منفعة السرقين وذلك ملك رب الأرض وإن شرط على رب الأرض إن كان البذر من جهة العامل لا يجوز كما لو شرط الكراب على رب الأرض والبذر على العامل، وإن كان البذر من جهة رب الأرض يجوز كما لو شرط الكراب عليه، ولو شرط على أحدهما أن لا يكربها ولا يسرقنها فالشرط باطل والمزارعة جائزة، وله أن يسرقنها من أيهما كان البذر؛ لأنه وإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن لا منفعة فيه لأحدهما فصار كما لو باع دارًا وشرط عليه أن لا يدخلها أو باع طعاما شرط أن لا يأكله.

ولو شرط الدّولاب والدالية على أحدهما فهو كاشتراط البقر على أحدهما؛ لأن الدالية والدّولاب آلة السقي والسقي على المزارع، فإن كان مشروطًا على المزارع فهي جائزة من أيهما كان البذر، وإن كان مشروطًا على رب الأرض والبذر من العامل فهي فاسدة، وإن كان البذر من رب الأرض فهي جائزة كما في اشتراط البقر.

ولو شرط الدابة التي يسقى بها مع العلف على أحدهما، فإن شرط على المزارع فهي جائزة من أيهما كان البذر وإن شرط ذلك على رب الأرض، فإن كان البذر من قبل المزارع فهي فاسدة، وإن كان البذر من قبل رب الأرض فهي جائزة كما في اشتراط البقر.

ولو شرطت الدابة على أحدهما والعلف على غير صاحبها فهي فاسدة؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن الزراعة تقتضي أن يكون علف الدابة على صاحبها ولأحدهما فيه منفعة فأوجب فسادها.

(فصل)

وإذا شرط الزارع على رب الأرض حصَّته دراهم معلومة فسدت المزارعة، فإن بطل الشرط لم يرتفع الفساد؛ لأن اشتراط البذر من صلب المزارعة والفساد إذ تمكن في صلب العقد لا ينقلب جائزا بإبطال الشرط؛ لأن من له الحق متى أبطل حقه في الزيادة لا بدّ وأن يطرح عن الأجر ما بإزائه نصًا أو دلالة من العمل ومتى طرحنا ما بإزائه من العمل بقي ما وراء المطروح من العمل على المزارع مجهولًا وأنه كافٍ للفساد كما لو باع عبدًا بألف ورطل من خمر فأبطل شرط الخمر لا يعود جائزا فكذا هذا.

ولو شرط أحدهما على صاحبه الحصاد أو الدياس أو خيارًا غير مؤقت ينقلب جائزًا بالإبطال خلافًا لزفر؛ لأن الفساد لم يتمكن في صلب العقد لأنه شرط مستعار ليس له حظ من البدل فيرتفع الفساد بإبطاله كما في البيع.

ولو شرط أحدهما على صاحبه أن ما صار له لا يبيعه فالشرط باطل والمزارعة جائزة؛ لأن هذا شرط ليس فيه منفعة لأحدهما.

ولو شرط أن يبيعه منه فسدت المزارعة وإن أبطله صاحب الشرط لم يجز أيضًا لأن لهما فيه منفعة فلا يبطل الشرط حتى يتفقا على إبطاله كما لو شرط خيارًا مجهولًا أو الأجل لهما.

ولو شرط أن يهبه له فسدت، فإن أبطله صاحب جازت؛ لأن المنفعة فيه للموهوب فحسب وكان حقا له فتبطل بإبطاله، ولو شرط لأحدهما خيارًا معلومًا جاز.

(باب المعاملة في النخل والشجر والكرم والرطب والثمار)

ولو دفع نخلًا وكرمًا معاملة بالنصف ولم يذكر سنين معلومة لا يجوز قياسًا كما

في المزارعة؛ لأن المدّة مجهولة، وإن انصرفت إلى أول ثمرة تخرج في هذه السَّنة؛ لأن العمل ممَّا يتقدم ويتأخر وكان وقت الإدراك مما يتقدّم ويتأخر وجهالة المدة تفسد المعاملة كما في المزارعة، ويجوز استحسانًا وتقع على أول ثمرة تخرج؛ لأن مطلق المعاملة تنصرف إلى أول ثمرة تخرج من هذه السَّنة؛ لأن دخول هذه السَّنة متبقية وما زاد عليها مشكوك فيه فلا يدخل في المعاملة الزيادة المشكوكة وانصرفت إلى أدنى المدّة المتبقية وذلك معلوم عرفا؛ لأن ابتداء العمل وانتهاءه معلوم في المعاملة لا يتفاوت تفاوتًا فاحشًا؛ لأن لكل ثمرة وقت معلوم بخلاف الزراعة؛ لأن ابتداء العمل في الزراعة وانتهاءه يتفاوت تفاوتًا فاحشًا منهم من يزرع في الخريف ومنهم من يزرع في الربيع فكان الانتهاء كذلك فلم تكن المزارعة معلومة شرطا ولا دلالة، وإذا انتهى الثمر انتهى العقد، وإن لم يخرج النخيل شيئًا في السنة الأولى انتقضت المعاملة لانتهاء مدتها وإذا دفع الأرض ليزرعها الرطاب ودفع بذرها أو دفع رطبة ثابتة في الأرض معاملة، فإن لم يكن لابتداء نباتها ولانتهاء جزِها مدّة معلومة لا يجوز؛ لأن هذه المعاملة كانت مجهولة، وإن كانت مدّة جزها معلوم يجوز ويقع على الجزّة الأولى كما في الشجر المثمر.

ولو دفع نخلًا فيها طلع أو بسر أحمر أو أصفر معاملة بالنصف ولم يسم شيئا جاز؛ لأن لعمله تأثيرًا في نمائه وجودته ولإداركه وقت معلوم فجازت، فإن قيل استأجره ببعض مال موجود فلا يجوز كما لو دفعه بعدما تناها عظمه قلنا الموجود يصير أجرة عمله بعدما يتغير عن حالة إلى حالة أخرى ويظهر فيه الزيادة بعمله بحيث لا يمتاز الموجود كما يزداد بعمله فيستحقه تبعًا للزيادة وقد يجوز أن يثبت الشيء تبعًا، وإن كان لا يثبت مقصودا.

ولو دفعه بعدما تناهى عظمه الثمرة ولا يزيد بعده لا يجوز؛ لأنه خرج عن هذا النماء والزيادة فلم يبق للعامل عمل يحصل به الثمرة والزيادة والجودة فلم يكن معاملة وكان استئجارًا ببعض مال موجود ليعمل في الشيء المشترك فلا يجوز وصار كما لو دفع الزرع وهو بقل مزارعة وبعدما صار قصيلا لا يجوز، ولو دفع رطبة نابتة في أرض وقد انتهى جزازها لكن بذرها لم يخرج ليقوم عليها ليخرج

البذر على أن البذر بينهما نصفان ولم يسم وقتا جاز؛ لأنه جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله والمدة معلومة؛ لأن لإدراك البذر غاية معلومة عرفا والرطبة لصاحبها كما لو دفع النخيل على أن تكون الثمار بينهما.

ولو شرط أن الرطبة بينهما نصفان فسدت؛ لأنه استأجر ببعض مال موجود قبل عمله مقصودا؛ لأن الرطبة مما يختار عن البذر وبعض مال يوجد بعمله ليعمل في الشيء المشترك وهذا لا يجوز.

ولو دفع غرس شجر أو كرم وقد علق في الأرض ولم يبلغ الثمر على أن يقوم عليه فما خرج من الفرس والثمر نصفان فهي معاملة فاسدة بجهالة المدة؛ لأنه لا يدري متى يحمل الأشجار ويثمر فليس لهذا نهاية معلومة وكان العمل مجهولًا فلم يجز، فإن سمّى مدّة معلومة يعلم أنها تحمل وتثمر في مثل تلك المدّة جازت؛ لأن النخيل في حد النماء والزيادة وثمرتها في المدة مترقبة. دفع نخلا وكرما معاملة شهورًا معلومة ويعلم أنه تخرج الثمرة في مثل تلك المدّة فهي فاسدة؛ لأنه جعل الأجرة عمل العامل شيئًا لا يقدر على تسليمه وقت وجوب التسليم فصار كما لو استأجر بشيء لا يملكه أو كعبدٍ أبق وإن شرطا وقتا فقد بلغ الثمرة فيه وقد تتأخر فالمعاملة موقوفة، وإن أدركت فيه تبين أنها كانت جائزة؛ لأنه ظهر أنه جعل أجره عمله ما يقدر المستأجر على تسليمه، وإن لم يدرك فيه ففاسدة؛ لأن يبين أنه استأجره بأجرة لا يقدر على تسليمها، وكذلك إن خرج في تلك المدة ما لا يرغب فيه؛ لأن ما لا يرغب فيه وجوده وعدمه بمنزلة وإن أحال في تلك السنة ولم يخرج شيئًا فالمعاملة جائزة؛ لأنه لا يدري أن المدة المشروطة في المعاملة مدة تخرج في مثلها الثمرة أو لا تخرج لجواز خروج الثمرة في مثل تلك المدة لو لم يخرج، فوقع الشك في فساد العقد وقد انعقدت جائزة موقوفة إذا كان الحال متمائلين أن يخرج وبين أن لا يخرج فلا تثبت الفساد بالشك، بخلاف ما لو لم يخرج شيئًا أو أخرجت الثمرة بعد انقضاء المدّة؛ لأنها إذا لم تخرج شيئًا في المدة المضروبة ثم خرجت علم يقينًا أنه ضرب من المدة ما لا يخرج الثمرة في مثل تلك المدة وهذا يفسد المعاملة.

(فصل)

دفع أرضًا بيضاء لسنتين مسماة على أن يغرسها نخلًا وشجرًا وكرمًا على أن ما أخرج الله تعالى من شجر ونخل وكرم وثمر فبينهما نصفان، وعلى أن الأرض بينهما نصفان فهذا فاسد كله، فإن فعل فما خرج فجميعه لرب الأرض وللعامل قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل؛ لأن هذه معاملة شرطت في شراء فاسدٍ؛ لأنه باع بعض الأرض بنصف الأغراس؛ لأنه بدل نصف الأرض بأن الأغراس وبإزاء أعمال الغارس فيكون بعض الأرض بإزاء الأغراس وهي مجهولة له فيكون الشراء فاسدًا وقد دفع الأغراس إليه معاملة بالنصف فتكون هذه معاملة شرطت في شراء فاسد ففسدا كما لو شرطت في شراء جائز؛ لأنها اشتراط صفقة في صفقة وعليه قيمة الأغراس؛ لأنه ملكها بالقبض لأنه صار قابضا لها لاتصالها بملكه والعامل اشترى نصف الأرض بالأغراس إلا أنه لم يقبضها لنفسه وإنما قبضها ليعمل فيها عملًا لبائع الأرض فصار كمن اشترى حنطة شراء فاسدًا وقبضها على أن يطحن للبائع، فإنه لا يملكها حتى يكون الطحين للبائع؛ لأنه لما أذن له بالقبض ليعمل فيه عملًا كان هذا ثمنا عن قبضه لنفسه، والمشتري لا يملك المبيع في البيع الفاسد بالقبض بغير إذن البائع فصار العامل غارسا جميع الأغراس في ملك رب الأرض فصار رب الأرض قابضًا لها حكمًا لاتصالها بملكه ولئن صار للعامل مالكًا لنصف الأرض بالقبض إلا أن رب الأرض عند الغراسة صار مستردًّا للأرض؛ لأن الغارس غرس الأرض بأمر رب الأرض فتكون غراسته بأمر رب الأرض بنفسه وبالاسترداد صار جميع الأرض ملكًا له وللعامل أجر مثل عمله؛ لأنه دفع الأغراس إليه معاملة فاسدة، وكذلك لو لم يشترط له من الأرض شيئًا وقال: على أن لك عليّ مائة درهم أو شرط نصف أرض أخرى معينة أو كر حنطة؛ لأنه اشترى أغراسا مجهولة بدراهم أو نصف أرض أخرى وشرط فيها المعاملة ففسدا، وكذلك هذا في المزارعة؛ لأنه اشترى منه حنطة بنصف الأرض والحنطة مجهولة فيكون الشراء فاسدًا وقد شرطت فيها المعاملة ففسدتا وصار قابضا للبذر حين ألقاه العامل في أرضه بإذنه فملكه

وضمن مثله؛ لأنه مقبوض ببيع فاسد وضمن أجر العامل؛ لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد. دفع أرضًا على أن يغرسها المدفوع إليه لنفسه ما بدا له ويزرعها ما بدا له على أنّ الخارج نصفان وللعامل على رب الأرض مائة درهم فهو فاسد والخارج للغارس ولرب الأرض أجر أرضه؛ لأن قول رب الأرض على أن يغرسها العامل لنفسه دليل على أنه ما اشترى منه الغرس بمائة لكن جعل منفعة أرضه ومائة درهم عوضًا عن نصف الخارج من بذر العامل فما خصَّ الخارج من الدراهم يكون شراء فاسدا؛ لأنه اشترى ما لم يخلق وما يخص منفعة الأرض يكون مزارعة إلا أنه شرط فيها شراءً فاسدًا ففسدا وكان البذر والغرس من رب الأرض على أن يغرسه ويبذره العامل لرب الأرض على أن الخارج نصفان وعلى أن لرب الأرض على العامل مائة درهم فهو فاسد والخارج لرب الأرض وللعامل أجر مثله؛ لأن قوله يغرسها لرب الأرض دليل أنه ما باع الغرس من العامل بل جعل بعض الخارج عوضًا عن عمله ونقصه بيعًا عن الدراهم وهذا لا يجوز.

(باب اشتراط العمل في المعاملة والمزارعة)

مسائله على ثلاثة أقسام: إما أن شرط بعض أعمال المعاملة على العامل وسكت عن الباقي، أو شرط بعضها على نفسه وسكت عن الباقي، أو شرط بعضها على نفسه وبعضها على العامل.

وكل قسم على وجهين:

أما القسم الأول: لو دفع نخلًا معاملة بالنصف على أن يلقحه العامل وسكت عن الحفظ والسقي وعمل آخر غير التلقيح فهو على وجهين: إن احتاج النخيل إلى ما سوى التلقيح بأن كان لا يخرج شيئًا بدون السقي أو يخرج شيئًا لا يرغب فيه أو شيئًا مرغوبا فيه، إلا أنّها تيبس بدون السقي فالمعاملة فاسدة؛ لأنه استأجر العامل بنصف ما يخرجه هذه النخيل والأجير يستحق عليه تسليم الأجرة ولا يمكنه تسليم الأجرة إلا بالسقي والحفظ، فإذا لم يشترط السقي والحفظ على العامل يجبره رب النخيل عليه؛ لأنه صار مشروطًا عليه مقتضى ضمان الأجير ليمكنه تسليم الأجرة

فصار كأنه شرط السقي والحفظ على رب النخيل ففسدت المعاملة وتخصيص التلقيح بالذكر يكون نفي الأعمال عن العامل ليفيد التخصيص فائدته؛ لأنه ليس لتخصيص التلقيح بالذكر فائدة سوى نفي الأعمال عن العامل فصار كأنه عليه التلقيح ونفي عنه سائر أعمال المعاملة وذلك يفسدها بخلاف ما إذا لم يشترط عليه شيئًا فجميع الأعمال على العامل؛ لأن المعاملة تقتضي وجوب الأعمال عليه ولم يوجد ما ينفيه، وإن كان النخيل لا يحتاج إلا إلى التلقيح فالمعاملة جائزة لأنّه أمكنه تسليم الأجرة من غير هذه الأعمال فلم يكن مجبرًا عليها فلا يصير كالمشروط عليه في المعاملة، وكذلك لو كان سقى كان أجود لثمره وإن ترك لا يضره؛ لأن الجودة لا تستحق بالعقد بغير شرط؛ لأنه مما لا نهاية لها، وإن تركه يفسد بعضه لا كله فهي فاسدة؛ لأن تسليم الأجرة يستحق على رب النخيل فيخير رب النخيل على الحفظ والسقي ليمكنه تسليم الأجرة كما استحق عليه فصار كالمشروط في العقد فتفسد به المعاملة، فإن لقحه العامل فله أجر مثله وقيمة ما لقح به ثم إن كان رب النخيل أمره بشراء ما يلقح به رجع عليه بثمنه، وإن لم يأمره بالشراء رجع بقيمة ما لقح به، ثم اختلفوا في تفسير التلقيح قيل التلقيح: أن يؤخذ طلع فحال النخل ويجف ويدق ويجعل في خرقة ويضرب في منابت طلع الإناث فيدخل غباره فيها وقيل التلقيح أن يؤخذ غصن من أغصان فحل النخل ويشق غصن من أغصان الإناث ويركب فيه ذلك الغصن على سبيل الوصل وقيل التلقيح أن يغرس فحال النخيل بجيب الإناث حتى تهب الريح على فحال النخل ثم يضرب برائحتها على الإناث فيحمل، ولهذا قالوا: إن للنخل مشابها ببنات آدم فإنها لا تحمل إلّا بالتلقيح كبنات آدم ولا يثمر ما لم يبلغ خمس عشرة سنة كبنات آدم لا تحبلن ما لم يبلغن وإذا بلغت النخيل خمسين سنة أو ستين سنة لم تثمر كبنات آدم والمبذر الذي يلقح به إذا دقت كانت له رائحة كرائحة المني وهذا لأنها خلقت من فضلة طينة آدم صلوات الله عليه، ولهذا قال عليه السلام: "**أكرموا النخلة فإنها عمتكم**".

وأمّا **القسم الثاني**: ولو شرط على نفسه السقي والحفظ لا غير فالمزارعة فاسدة إلّا إذا علم أن السقي لا يزيد فيه خيرا فيجوز؛ لأنه شرط في المعاملة عمل رب النخيل وأنه شرط مفيد إذا كان السقي مما يزيد في أصل الخارج وجودته ولا بد من اعتباره فصار السقي مستحقًّا على رب النخيل لو صحت المعاملة فيفسد به المعاملة؛ لأنّه شرط بعدم التخلية بين النخيل والعامل، فإذا كان السقي لا يزيد فيه خيرا وهذا شرط لا يفيد فيلغوا، وكذلك لو شرط الحفظ على رب النخيل إلا إذا كان لا يحتاج إلى الحفظ بأن كان في حرزه فالمزارعة جائزة؛ لأنه شرط لا يفيد، وكذلك لو شرط التلقيح على رب النخل لم يجز.

وأمّا **القسم الثالث**: لو شرط السقي على رب النخيل والتلقيح والحفظ على العامل لم يجز لما بيناه، وكذلك لو شرط أن يلقحه صاحبه ثم يحفظه العامل ويسقيه لم يجز إذا لم يتبين للتلقيح وقتا لأنهما أضافا المعاملة إلى ما بعد التلقيح ولا يدري متى تلقح ومتى يسلمها إلى العامل فصار الوقت المضاف إليه المعاملة مجهولًا فيفسد، كما لو قال إذا طيبت داري فقد أجرت منك كل شهر بكذا لا يجوز، فإن بين للتلقيح وقتًا معلومًا بأن قال ألقحه في هذا الشهر على أن يحفظه العامل ويسقيه من غرة الشهر الآخر جاز؛ لأن ابتداء وقت المعاملة صار معلومًا والمزارعة مثل المعاملة في هذه الأحكام إذا كان البذر من رب الأرض؛ لأن المزارع أجير لرب الأرض ببعض ما تخرج الأرض كما في المعاملة، وإن كان البذر من المزارع ولم يشترط السقي والحفظ على أحدهما جاز، وكان على المزارع أو شرط البعض على المزارع وسكت جازت بخلاف المعاملة، والفرق أن البذر متى كان من المزارع فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج فيكون هو أيضًا من الأجر فلا يستحق على العامل إلا ما شرط عليه، وإلقاح النخيل على العامل؛ لأنه لا يصل إلى إصلاح النخيل ومنفعة ثمارها إلّا به فيعتبر ما يلقحه به آلة للعمل فلا يجعل شيء من الأجر بإزائه كما أن الغلي والأشنان على القصار ولا يقابله شيء من الأجرة فكذا هذا.

(باب المزارعة شرطت فيها المعاملة)

المعاملة متى شرطت في المزارعة بأن دفع أرضًا فيها نخيل على أن يزرعها ببذره بالنصف وعلى أن يعمل في النخيل فيسقيه ويلقحه ويحفظه بالنصف فإنّه ينظر إن كان البذر من قبل العامل فسدتا لأنهما عقدان شرط أحدهما في الآخر؛ لأن المزارع استأجر الأرض ببعض الخارج على أن يؤجر هو نفسه من رب الأرض ليعمل في النخيل ببعض الخارج فتكون إجارة مشروطة في إجارة ففسدتا، وإن كان البذر من قبل رب الأرض جازتا؛ لأنه عقد واحد لأنّه استأجر العامل ليعمل في شيئين ببدلين مختلفين فصار أنه قال: استأجرتك لتزرع في أرضي وتعمل في نخيلي بنصف الخارج منهما.

ولو صرح بهذا جاز فكذا هذا، وإذا كانت المعاملة معطوفة على المزارعة جازتا من أيهما كان البذر بأن قال دفعتكم هذه الأرض بزرعها ببذرك بالنصف ودفعتك ما فيها من النخيل معاملة بالنصف وقتًا معلومًا جازتا؛ لأنه لم يشترط إحداهما في الأخرى وإنما عطف إحداهما على الأخرى فصار، كما لو قال بعتك هذا العبد وأجرتك هذه الدار جاز فكذا هذا.

(باب الأرض بين رجلين يعملان فيها)

نخل بين رجلين دفعها أحدهما إلى صاحبه سنته هذه على أن يقوِّم عليه والخارج ثلثاه للعامل وثلثه لِلآخر فهو فاسد والخارج نصفان ولا أجر للعامل؛ لأن صاحب الثلث استأجر صاحبه بثلث نصيبه من الخارج ليعمل في الشيء المشترك وهذا باطل ولا يستحق به الأجر بخلاف ما لو دفع الأرض المشتركة إلى شريكه على أن يزرعها ببذرهما، ويكون ثلثا الخارج للعامل جاز؛ لأن عقد المزارعة لم يتعلق بذلك البذر نفسه بدليل أنه يجوز لكل واحد منهما أن يقسم البذر ويأخذ بعينه ويزرع بذرا آخر، وإذا لم يتعلق العقد بذلك البذر لم يكن استئجارا على شيء هو شريك فيه بخلاف المعاملة؛ لأنها تتعلق بعمل العامل في هذه النخيل ليعمل في نخيل أخرى ورب النخيل أراد استعماله في نخيل أخرى لم يجز، ولما تعلق العقد

بالعمل في هذه النخيل فالشركة حاصلة في هذه النخيل كان استئجارًا على شيء مشترك فيه.

ولو كانا شرطا الخارج نصفين كان جائزا والعامل معين لصاحبه، وإن اشترى ما يلقح به النخيل بأمر صاحبه رجع عليه بنصف ثمنه؛ لأنه أمره بشراء شيء واستعماله في ملكهما على وجه يعود منفعته إليهما وكان وكيلًا له في شراء نصفه واستعماله في ملكه بأمره، وإن لم يكن أمره بشراء ما يلقح به ولكن أمره أن يلقحه ولقحه لم يذكره محمد، وقيل كان يجب أن يرجع بقيمة نصف ما يلقح به على الدافع؛ لأن الأمر بالتلقيح والأمر بالتبذير سواء ومن قال لآخر: ابذر أرضي ليكون الخارج كله لي جعل قرضا عليه ولم يجعل هبة فكذا هذا، وقيل لا يرجع عليه لأنّه وجد منه الدلالة على هبة ما يلقح به عرفا لأن قدر ما يلقح به النخيل لا يجري في الشحّ والظنة بين الناس؛ لأنه ليست له كبير قيمة ويتبرعون بذلك ولا يعتاضون عنه عادة فثبتت الهبة عرفا فصار كالثابت نصًّا بخلاف ما لو قال: ابذر في أرضي؛ لأن قدر البذر مما يجري فيه الشح والظنة؛ لأن له كثير قيمة فلا تثبت الهبة نصًّا ولا عرفًا فجعل قرضًا. دفع رجل كل نخيله إلى رجلين يقومان عليه على أن لأحدهما بعينه نصف الخارج وللآخر سدسه ولرب النخيل ثلثه جاز؛ لأنه استأجر أحدهما بنصف الخارج والآخر بسدسه، وكذلك لو شرط لأحد المعاملين مائة درهم على رب النخيل وللآخر الثلث ولرب النخيل الثلثان جاز؛ لأنه استأجرهما ببدلين مختلفين وذلك جائز حالة الانفراد.

ولو شرطوا لربّ النخيل الثلث ولأحد المعاملين بعينه الثلثين وللآخر على صاحب الثلثين أجر مائة درهم كان فاسدًا لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن المعاملة تقتضي أن يكون أجر العاملين على صاحب النخيل؛ لأنه هو المستأجر لهما، فإنه قال دفعت إليكما معاملة، فإذا شرط أجر أحدهما على الآخر فقد شرط ما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة فيفسد ولأن هذه إجارة شرطت في إجارة؛ لأن رب النخيل استأجر العامل بثلثي الخارج ليعمل في نخله على أن يستأجر العامل أجيرا آخر فيكون إجارة مشروطة في إجارة ففسدتا بخلاف ما لو دفع أرضًا إلى رجل

على أن يزرعها العامل ببذره ويعمل معه فلان فيكون الخارج بينهما أثلاثا جاز فيما بين ربّ الأرض والمزارع الأوّل ويفسد فيما بين المزارع الأول والثاني؛ لأن هناك عطف العقد الفاسد على الجائز ولم يشترط في الجائز وعطف الفاسد على الجائز لا يفسد الجائز. وهنا شرط الإجارة الفاسدة في المعاملة وذلك يوجب الفساد بينهما يحل دفعها إلى رجل سنته هذه يقوّم عليه فما خرج فنصفه للعامل ثلثا ذلك النصف من نصيب أحدهما وثلثه من نصيب الآخر والباقي بين صاحب النخيل ثلثاه الذي شرط الثلث من نصيبه وثلثه الآخر جاز؛ لأن ربي النخيل استأجرا العامل لعمل لا شركة فيه بنصف ما يخرج النخيل على أن تكون الأجرة على أحدهما ضعف ما على الآخر ومثل هذا جائز في الإجارة المحضة فلأن يجوز في المعاملة وفيها معنى الشركة أولى.

ولو شرطا ثلثي الباقي لشارط الثلثين من نصيبه فالمعاملة فاسدة، وكذلك لو شرطوا نصف الخارج لأحد صاحبي النخيل بعينه والنصف الآخر للعامل منه ثلثاه ولصاحب النخيل ثلثه فهي فاسدة لأنهما استأجرا العامل على أن يكون أجر الأجير على أحدهما دون الآخر فإن أحدهما لما شرط نصف الخارج لنفسه كان أجر العامل من نصيب الآخر وهذا يفسد الإجارة المحضة فيفسد المعاملة ولا يجعل العامل معينًا لأحدهما؛ لأنه ابتغى بعمله عوضًا فلا يجعل معيّنا.

ولو شرطوا أن يقوم عليه العامل وأحد صاحبي النخيل والخارج بينهما أثلاثًا فهي فاسدة؛ لأنه استأجر العامل وشريكه بثلث الخارج من نصيبه واستئجار شريكه غير منعقد فقد جمع بين من ينعقد عليه العقد وبين من لا ينعقد عليه وهو الشريك في الاستئجار ولم يبين حصّة كل واحد منهما من الأجرة ففسد في حق الأجنبي كما لو اشترى قنًّا وعبدًا ولم يسم ثمن كل واحد منهما فسد العقد في حق القن بالإجماع وإن شرطوا النصف للذي يعمل والباقي بين الآخر والعامل نصفان جاز؛ لأن العامل لم يدفع نصيبه معاملة؛ لأنه شرط لنفسه جميع ما يخرج وهو النصف والآخر دفع نصيبه معاملة؛ لأنه شرط لنفسه معاملة إلى أجنبي بالنصف وعلى أن في صرف عمل الشريك العامل إلى نصيبه وصرف معاملة الآخر إلى نصيبه خاصة

احتيال بجواز العقد فيجعل كذلك تحريا للجواز كما لو باع نصف عبد مشترك انصرف إلى نصيبه خاصة. دفع رجل أرضًا له إلى رجلين سنة يزرعاها ببذرهما وعملهما والخارج نصفه لأحد العاملين بعينه وثلثه للآخر وسدسه لرب الأرض فهو فاسد؛ لأنهما استأجرا الأرض على أن يكون أجر الأرض كله لأحدهما، فإن شرطوا لأحدهما أربعة أعشار الخارج وللآخر الثلث ولرب الأرض الباقي جاز لأنهما استأجرا أرضًا على أن يكون أجر الأرض على أحدهما أكثر مما على صاحبه وهذا جائز.

ولو شرطوا على أن ما أخرجته بينهم أثلاث ولرب الأرض على أحدهما بعينه مائة درهم كان فاسدًا لأن أحد الزارعين استأجر نصف الأرض ببعض الخارج لا غير والآخر استأجره ببعض الخارج وبالدراهم فاسدة تفسد العقد في حقهما؛ لأن الأجر إنما وصي بشركة رب الأرض بشرط أن تكون المائة على صاحبه ولا تكون عليه، فإذا أدى إلى أن يجب عليه شيء من المائة كان له أن يفسخ العقد ولا يرضى به، وكذلك لو شرطوا المائة على رب الأرض لما كان فاسدا؛ لأنهما جعلا بعض الخارج للأرض فيكون إجارة وبعضه بإزاء الدراهم فيكون تبعًا؛ لأنه ذكر الدراهم على سبيل العوض؛ لأنه قال على أن يكون على رب الأرض مائة درهم فيكون بيعًا وبيع ما لم يخلق باطل وكانت هذه مزارعة شرط فيها بيع فاسد فأفسدها.

ولو شرطوها لأحدهما بعينه على رب الأرض وشرطوا الخارج بينهم أثلاثا ففي قياس قول أبي حنيفة على قول من يجيز المزارعة مزارعة فاسدة وعندهما المزارعة بين رب الأرض والمزارع الذي لم يشترط عليه المائة جائزة؛ لأن عند أبي حنيفة الصفقة إذا فسد بعضها فسد كلها وعندهما يقتصر الفساد على من وجد فيه الفساد فيأخذ المزارع الثلث ورب الأرض السدس ونصف الخارج للمزارع الآخر ولرب الأرض عليه نصف أجر أرضه وقال فيما تقدّم فسد العقد في حقّهما اتفاقا؛ لأن هاهنا شرط أحدهما المائة لنفسه فهو يملك إفساد عقده ولا يملك إفساد عقد شريكه وفيما تقدم شرط المائة على أحد المزارعين بعينه لرب الأرض؛ لأن اشتراط المائة على أحدهما بعينه اشتراط عليهما معنى؛ لأن وجوب المائة غير مقصور على

الشارط فحسب بدليل أنه لو أدى المائة رجع بنصفها على صاحبه؛ لأن ما أدى من المائة أجرة الأرض وقد وجد استئجار الأرض منهما فكانت المائة مشروطة عليهما، ولو شرط رب الأرض عليهما المائة نصًّا فسد العقد في حقهما فكذا هذا.

(باب مزارعة العامل أو معاملته مع آخر)

وللعامل أن يستأجر الأجير لإقامة العمل، وإن لم يقل رب الأرض: اعمل فيه برأيك لأن العمل على المزارع فله أن يعمل بنفسه وأعوانه كمن دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه كان له أن يستأجر غيره ليخيطه وله أن يودع البذر؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة وللشريك الإيداع.

ولو دفعها مزارعة إلى غيره إن كان البذر من قبل المزارع جاز؛ لأنه يكون مستأجرا الأرض ومن استأجر أرضًا كان له أن يؤاجر من غيره؛ لأن الخارج يتولد من بذره وهو تملك إشراك غيره في ماله، وإن كان البذر من قبل رب الأرض فليس له ذلك لأنّ العامل أجير وليس للأجير أن يشرك غيره في مال المستأجر إلّا بإذنه، ورب الأرض رضي بشركته لا بشركة غيره إلّا إذا قال له اعمل فيه برأيك فله أن يدفعها مزارعة؛ لأنه دلالة على الإذن بدفعه مزارعة كما في المضاربة. دفع أرضًا وبذرًا ليزرعها بالنصف ولم يقل له اعمل برأيك فدفعها إلى غيره على أن يزرع ذلك البذر والخارج نصفان فالخارج بين الأوسط والآخر نصفان ولا شيء لرب الأرض؛ لأنه لما أشرك فيه بغير إذنه صار غاصبًا للبذر والأرض جميعًا، ومن غصب أرضًا وبذرًا ودفعها مزارعة كان الزرع بين الغاصب والزارع؛ لأن المزارعة من الغاصب جائزة؛ لأن إجارة المغصوب جائزة.

ولو دفع دراهم مغصوبة إلى غيره شركة فهي جائزة، وله أن يضمن البذر أيهما شاء ونقصان الأرض على الثاني دون الأول عندهما لا يضمن النقصان بالغصب؛ لأن غصب العقار لا يتحقق عندهما، وإنما يضمن بالإتلاف والتلف حص بفعل الثاني وهو إلقاء البذر في الأرض، وعند محمد يضمن أيهما شاء؛ لأن غصب العقار يتحقق عنده، يأخذ الأول من حصته مقدار ما غرم من البذر ويتصدق بالزيادة؛ لأنه

استفاد الخارج من أرض مغصوبة ويطيب للثاني حصته؛ لأن الثاني إنّما زرع ببذر الأول؛ لأن البذر صار ملكًا للأول بالضمان فصار الخارج حادثا على ملكه ثم صار جاعلا للثاني نصف الخارج أجره بعمله، ومن زرع أرضًا مغصوبة ثم استأجر ببعض ذلك الخارج أجيرا طاب للأجير فكذا هذا.

ولو قال له: اعمل برأيك والمسألة بحالها فالخارج نصفه للأجير ونصفه لرب الأرض ولا شيء للأول؛ لأنه لما أذن له أن يعمل برأيه فقد رضي بأن يشرك غيره في ماله فصح إشراكه إلا أن رب الأرض لم يرض بنقصان حقه عن نصف الخارج فانصرف شرط النصف للثاني إلى النصف الذي هو حق المزارع لا إلى نصف شائع كما في المضاربة وإذا صار نصيبه للثاني خرج هو من الوسط.

ولو لم يقل له اعمل برأيك فأشرك الأول فيها رجلًا ببذره على أن يعملان البذرين وعملا فالخارج بينهما وهما ضامنان لنقصان الأرض لأنهما نقصا الأرض بزراعتها والنقصان حصل بفعلهما فله أن يضمنهما وعلى الأول البذر؛ لأن الأول لم يدفع البذر إلى الثاني بل يزرعه بنفسه فصار الأول غاصبًا للبذر دون الثاني بل يزرعه بنفسه فصار الأوّل غاصبا للبذر دون الثاني ويدفع كل واحد من حصته بقدر ما اتفق وغرم ويتصدق بالفضل؛ لأن كل واحد استفاد الخارج من بذره في أرض مغصوبة والمستفاد من الأرض المغصوبة لا يطيب.

ولو كان قال له: اعمل برأيك جاز ونصف الخارج للمزارع الآخر ونصفه بين الأول وبين رب الأرض؛ لأن رب الأرض شرط نصف الخارج من بذره الأول والخارج من بذره هذا النصف فيكون بينه وبين الأول والمزارع الأول شرط للثاني في ما أخرج من بذره وهو نصف الخارج وكان له ورب الأرض لما أذن للأول بالإشراك وأذن للثاني بالزرع فقد رضي أن يكون نصف الأرض منحة وإعارة للآخر.

ولو لم يشاركه ولكن دفع إليه البذر على أن يعمل به ويبذر مثله من عنده والخارج بينهما نصفان كان فاسدا؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأنه قال: ازرع نصف الأرض ببذري ليكون الخارج كله لي وازرع نصف الأرض ببذرك ليكون الخارج لك فقد جعل أجرة عمله في بذر مشترك منفعة نصف الأرض التي زرعها العامل

وهذا لا يجوز وللمزارع الآخر نصف الخارج؛ لأنه تولّد من ملكه وعليه نصف أجر الأرض لرب الأرض؛ لأنه استوفى منفعة نصف الأرض بعقد فاسد والذي يلي قبضه منه الزارع الأول؛ لأنه هو العاقد وحقوق العقد ترجع إلى العاقد ونصف الزرع بين رب الأرض والمزارع الأول على ما شرطا ويطيب لهما؛ لأن المزارعة فيما بينهما جائزة لأن الأول مأذون بالدفع مزارعة لما قال له اعمل فيه برأيك والمأمور بالمزارعة المطلقة إذا دفع مزارعة فاسدة لا يصير مخالفا كالوكيل بالبيع المطلق إذا باع بيعًا فاسدًا والأول لا يضمن بتسليم البذر إلى الثاني.

ولو قال: اعمل برأيك فدفعها المزارع إلى آخر مزارعة على أن للآخر الثلثين وللأول ثلثه فهو فاسد والخارج بين رب الأرض والأول نصفان وللآخر أجر مثله؛ لأن الأول استأجر الثاني بثلثي الخارج وبعضه مستحق لرب الأرض وهو سدس الخارج؛ لأنه من نصيب رب الأرض، فإن من استأجر أجيرًا على شيء مستحق بعينه كان فاسدًا ولا يمكن القول بجواز المزارعة في النصف وفسادها بقدر المستحق وهو السدس كما لو استأجر رجلًا بكر حنطة بأعيانهما وأحدهما مستحق جازت الإجارة في النصف وفسدت في النصف حتى لو عمل فله كر حنطة ونصف أجر مثل عمله؛ لأن في المزارعة لا يمكن إيجاب أجر المثل بقدر المستحق مع إيجاب نصف الخارج؛ لأنه يؤدي إلى استئجار العامل ببعض الخارج المشترك وبدراهم في الذمّة وهذا لا يجوز وفي الإجارة أمكن إيجاب كر حنطة وأجر مثله؛ لأنه لو استأجره في الابتداء بكر حنطة بعينه أو بدراهم معلومة جازت فكذا إذا فسدت في النصف وصحب في النصف دفع أرضًا مزارعة والبذر من جهة المزارع ولم يقل اعمل برأيك فدفعها وبذره إلى آخر على أن الخارج نصفان جاز ونصف الخارج للمزارع الآخر ونصفه لرب الأرض؛ لأن البذر متى كان من جهة المزارع كان مستأجرًا للأرض وهو الذي أشرك صاحب الأرض فجاز أن يشرك غيره.

(فصل)

أصله: أن المزارعة أو المعاملة الأولى أو الثانية إذا كانتا جائزتين فالعامل

الأول يصير مخالفًا ضامنًا إذا لم يقل له رب الأرض اعمل برأيك؛ لأنه أشرك الثاني في مال غيره بغير إذنه.

وإن قال له: اعمل برأيك لا يصير مخالفًا؛ لأن الإشراك حصل بإذن صاحبه، وإن كانت إحدى المعاملتين فاسدة لا يصير مخالفًا ضامنًا؛ لأن العامل إنما يصير مخالفا بالإشراك، ومتى كانت المعاملة فاسدة فلا شركة في الخارج بل الخارج كله لرب الأرض فلا يملك إشراك غيره في الخارج فلم يصح إيجابه الشركة للثاني فلم يصر غاصبًا، وكذلك إن كانت الثانية فاسدة؛ لأنه لم يثبت للثاني شركة في الخارج بل استأجره، وللعامل أن يستأجر غيره لإقامة العمل. دفع إلى رجل نخلًا له معاملة سنة بالنصف، ولم يقل له اعمل برأيك فدفع العامل إلى غيره معاملة فالخارج كله لصاحب النخيل، وللعامل الآخر وعلى الأول أجر مثل عمله ولا أجر للأول على رب النخيل؛ لأنّ الأول صار مخالفا غاصبًا لما دفع نخيل غيره إلى غيره وأشركه في الخارج بغير إذن صاحبه فلا يستحق الأجر؛ لأنه غاصب وقد استأجر الثاني بشيء بعينه وهو لا يملكه وقد أوفى الثاني العمل فيستحق أجر المثل على الأوّل والخارج تولّد من النخيل فيكون لصاحبه، فإن هلك الثمر في يد العامل الأخير على رأس النخيل بآفة سماويّة فلا ضمان على أحد أن زوائد الغصب أمانة في يد الغاصب لا يضمنها إلّا بالتعدي ولم يوجد، وإن هلك من عمله في شيء خالف أمر العامل فالضمان لصاحب النخيل على الأخير دون الأول؛ لأنه استهلك الأمانة والأوّل لم يستهلك ولم يأمر بالاستهلاك؛ لأنه خالف أمره فلم يقع عمله مضافًا إليه بل يقتصر على الأخير فلم يضمن، وإن هلك من عمله في أمر لم يخالف فيه فلصاحب النخيل أن يضمن أيهما شاء؛ لأنّ الثاني كان أجيرًا للأوّل فيكون حدوث الثمار في يد أجيره كحدوثه في يد الأول؛ لأنه أمينه ويد الأمين كيد المؤتمن، والأمين إذا أمر غيره فاستهلاك الأمانة يضمن فقد أمره بالاستهلاك فصارا متعديين أحدهما بالاستهلاك والآخر بالأمر فضمنا، وإن ضمن الآخر رجع بما ضمن على الأوّل؛ لأن الأجير إذا لحقه ضمان فيما عمل للمستأجر يرجع به عليه.

ولو أمره أن يعمل برأيه صح دفعه إلى الثاني فالحكم على ما بينا في المزارعة.

دفع أرضًا وبذرًا مزارعة سنته على أن للمزارع عشرين قفيزًا ممًا يخرج وقال له: اعمل برأيك ولم يقل فدفع الأرض والبذر إلى آخر مزارعة بالنصف فعمل بالخارج كله لرب الأرض وللأول عليه أجر مثل ذلك العمل وللآخر على الأول أجر مثل عمله؛ لأن المزارعة الأولى فاسدة وكان كل الخارج لرب الأرض ولا شركة للأول في الخارج فلا يملك إشراك غيره في الخارج فلم يصح إيجابه الشركة فلم يصر الآخر شريكًا في الخارج فلم يصر الأول غاصبًا ضامنًا يدفع الأرض إلى غيره مزارعة؛ لأن له أن يودع البذر إلى غيره، وقد استأجر الثاني بأجرة معينة مستحقة ففسد العقد فيجب أجر المثل للأول على رب الأرض أجر مثل عمله؛ لأن الثاني كان أجير الأول فصار عمل الثاني منقولا إليه فصار كان الأول عمل بنفسه، وكذلك إن لم يخرج الأرض شيئًا؛ لأن المزارعة الأولى والثانية فاسدة فوجب لكل عامل أجر مثله، فإن كانت المزارعة الأولى جائزة والثانية فاسدة بأن شرط الأول للثاني عشرين قفيزا من الخارج لا يصير الأول مخالفا قال له رب الأرض: اعمل فيه برأيك أو لم يقل وللآخر على الأول أجر مثل عمله؛ لأن المزارعة الثانية لما فسدت كانت إجارة فاسدة فيوجب أجر المثل، وإن كانت الأولى فاسدة والثانية صحيحة تفسخ الثانية قبل المزارعة ثم كان الفساد وبعد الزراعة لا يفسخ حتى لا يستحصد، وكذلك هذا في المعاملة؛ لأن الصحيحة تنقض بسائر الأعذار قبل نبات الزرع فجاز أن ينقض بعذر الفساد حقا للشرع وبعد الزراعة لا تنقض بسائر الأعذار ما لم تستحصد فكذا لا تنقض بعد الفساد.

(باب العذر في فسخ المزارعة والمعاملة)

أصله: أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة فكانت معتبرة بالإجارة في حق الأحكام والإجارة المحضة تفسخ للعذر؛ لأنّها جوّزت ابتداء للعذر رفقا بالناس وكذا تنقض للعذر رفقا بالناس حتى يكون النقض معتبرا بالعقد وأصل آخر أن المزارعة غير لازمة في حق من كان البذر من قبله؛ لأنه مستأجر للعامل أو لمنفعة الأرض والمستأجر يجبر على قبض المستأجر حتى يتأكد عليه البذل، ولا يجبر على

استيفاء المنفعة كما في الإجارة المحضة فكذا في المزارعة لا يجبر المستأجر على الزراعة؛ لأنه لا يتوصّل إلى الوفاء بالعقد إلا بإتلاف ملكه وهو البذر فلحقه ضرر والمزارعة لازمة في حق من لا بذر من قبله، وإن كان مزارعا؛ لأنه أجير والأجير بمنزلة المملوك؛ لأنه ملك منافعه بالإجارة والمملوك يجبر على العمل، وإن كان صاحب الأرض فقد ملك عليه منفعة أرضه فيجبر على إيفائه، ومن كان البذر من قبله فله أن يمتنع عن الزراعة؛ لأنها غير لازمة في حقه ومن لا بذر من قبله فليس له الامتناع ويجبر عليه إلّا من عذر لأنها لازمة في حقّه.

ولو استأجر أرضًا للزراعة فبدا له أن يزرع أخرى لم يكن عذرًا وسلمت إليه وعليه أجرها إذا مضت المدّة زرع أو لم يزرع؛ لأن المستأجر يجبر على قبض المستأجر حتى يتأكد عليه البدل فيلزمه الأجرة بالتمكن من الزراعة بخلاف المزارعة؛ لأن الأجرة فيها بعض ما يخرج منها فمتى لم يجبر من له البذر على الزراعة وترك الزرع لا يوجد الأجر حتى يجب بالتمكن من الزراعة فيبقيه اللزوم بحق الأجر لا يفيد.

ولو دفع نخيلا معاملة فليس لواحد منهما أن يمتنع إلا من عذر لأنه لزم العقد في حقهما، أما صاحب النخيل فلأنه مستأجر والمستأجر، وإن لم يجبر على استيفاء ما ملك بالمعاملة إلا أن اللزوم لو بقي لحق العامل يفيد؛ لأن عند مضي المدّة تثمر الأشجار لا محالة فيحصل أجر العامل فيفيد اللزوم فلزم.

وأمّا العامل ولأنه أجير والأجير بمنزلة المملوك فيجبر على إيفاء العمل والعذر أن يمرض العامل أو أراد سفرًا، ويترك الزراعة أصلًا ويلحق صاحب الأرض والنخيل دين قادح لا وفاء عنده إلا من ثمنها ونحو ذلك، وكل ما يكون عذرًا في نقض الإجارة يكون عذرًا في نقض المزارعة والمعاملة على ما يأتي في الإجارات. ثم المسائل على ثلاثة أقسام قسم في الدين وقسم في المؤنة وقسم في انقضاء المدّة.

أمّا القسم الأول: وإذا أراد رب الأرض أن يفسخ العقد وليس من قبل البذر قبل العمل ليس له ذلك إلّا أن يكون عليه دين لا وفاء إلا به، فإن باعها في الدين لم

يكن عليه من نفقة العامل شيء في حفر الأنهار وإصلاح المسناة؛ لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد أو شبهة عقد ولم يوجد ذلك متى كان البذر من قبله؛ لأنه يكون مستأجرا للأرض فيكون العقد واردًا على منفعة الأرض لا على عمله، فإن نبت الزرع لا يباع حتى يحصد ولكن القاضي يخرجه من الجنس ولا يحول بين الغرماء وبين لزومه؛ لأن في البيع إبطال حق العامل في الزرع، فإن المشتري يقلع الزرع. وفي ترك البيع تأخير حق رب الدين فالتأخير أهون من الإبطال فيتأخر البيع في الدين إلى حين الحصاد بخلاف ما قبل نبات الزرع؛ لأن حق المزارع في منفعة الأرض وأنه يجوز إبطاله بالعذر كما في الإجارة المحضة وحق الغريم في الدراهم والدراهم وإن كانت دينًا فهي فوق المنفعة، فكان حق الغرماء أولى بالمراعاة لما تعذر إيفاء الحقين من العين ويخرجه القاضي من الجنس؛ لأنه ظهر عجزه عن قضاء الدين فلم يكن ظالمًا كما ظهر عجزه في الإيفاء بالإفلاس، فإذا حصد الزرع رده إلى الجنس ليبيعها؛ لأنه قدر على قضاء الدين بمنفعة بيع ما له من غير إتلاف ملك العامل.

فأمّا إذا زرع ولم ينبت بعد اختلفوا فيه قيل لصاحب الدين بيعها بالدين؛ لأنه ليس للمزارع في الأرض عين قائم؛ لأن التبذير استهلاك وإنما يرتفع الاستهلاك بالنبات وقد تنبت وقد لا تنبت فلم يرتفع الاستهلاك بالشك، وإذا صار البذر مستهلكًا فما لم ينبت لم يكن للمزارع عين مال قائم في الأرض وإنما له مجرد عمل وهذا لا يمنع البيع بالدين وقيل ليس له بيعها؛ لأن التبذير استنماء وليس باستهلاك له معنى؛ لأنه سبب لحدوث النماء غالبًا فعدّ استنماء لا استهلاكا عادة بدليل أن الأب والوصي يملكان الزراعة للصغير وهما يملكان استنماء ماله لا استهلاكه.

وأما **القسم الثاني**: ولو كان دفعها إليه ثلاث سنين فمات رب الأرض في الأولى قبل الحصاد تبقى الزراعة حتى يستحصد استحسانًا، فإذا حصد تنفسخ في السنتين الباقيتين. وجه القياس أن المزارعة إجارة وشركة وكل واحد يبطل بالموت. وجه الاستحسان أن هاهنا ضرورة إلى إبقاء العقد في السنة الأولى؛ لأن المزارعة

لو انقضت بالموت كان لورثة رب الأرض قلع الزرع والمزارع يتضرر به وللزرع غاية ينتهي إليها فمتى تعينًا المزارعة يتأخر حق الورثة ومتى نقضنا أبطلنا حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال وكان كمن استأجر سفينة أو دابة فمات المؤاجر قبل انقضاء المدّة في وسط البحر أو في المفازة أو انقضت المدة تبقى الإجارة إلى أن تخرج السفينة إلى الشط فكذا هذا ولا ضرورة فيما عدا السنة الأولى والموجب للنقض قد وجد فعمل عمله.

ولو مات قبل الزرع بطلت المزارعة؛ لأن المزارعة لا تبقى صيانة بحق ولا يجوز إزالة يد الورثة عن عين الأرض بغير رضاها صيانة لحق المزارع في مجرّد المنفعة؛ لأن العين خير من المنفعة ولأن المنفعة لا يتقوم إلا بالعقد ولم يوجد، فأما إذا مات بعد الزراعة قبل النبات اختلفوا فيه على نحو ما ذكرنا في الدين.

ولو مات الزارع والزرع يقل فلورثته القيام عليه حتى يدركه صيانة لحقهم في الزرع كما لو مات رب الأرض، فإن أبوا ذلك لم يجبروا على العمل لأنهم لم يلتزموا بالعقد شيئًا ورب الأرض بالخيار إن شاء أعطى قيمة نصيبهم، وإن شاء قلع، وإن شاء أنفق عليه حتى يستحصد ورجع بحصته في النفقة في حصة المزارع ولا أجر عليهم للأرض كما لو انقضت المدة.

وأما **القسم الثالث**: ولو أخر المزارع الزراعة ثم زرع فانقضت المدة والزرع نقل كان الزرع لهما والعمل عليهما حتى يستحصد، وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض وليس لرب الأرض قلعه؛ لأن المزارعة قد انتهت بانتهاء مدتها إلا أن في قلعه ضررًا فأثبت إجارة في نصف الأرض صيانة حق المزارع في الزرع كما لو استأجر أرضًا فزرعها ونبت الزرع فانقضت المدة، فإنه تثبت إجارة مبتدأة إلى أن يستحصد الزرع صيانة لحق المستأجر في الزرع فكذا هذا وما أنبتتا مزارعة أخرى مبتدأة؛ لأن جوازهما عرف نصًا لا قياسًا حال وجود التراضي منهما ولم يوجد وكذلك العمل والمؤنة عليهما؛ لأنه لا يمكن إيجابه على العمل بحكم العقد لانقضائه وانتهائه والخارج مشترك بينهما فيكون العمل فيه عليهما وإن أراد المزارع قلعه نقلا فرب الأرض بالخيار إن شاء أعطاه قيمة نصيبه ثابتا، وإن شاء قلعه، وإن شاء أنفق عليه

حتى يستحصد ورجع بحصته من النفقة في حصة المزارع الزارع أجر مثل الأرض، إما له القلع؛ لأن الحق في الزرع لهما، فإذا اتفقا على القلع كان لهما، وإما له إعطاء قيمته؛ لأنه صاحب أصل والعامل صاحب تبع، فإن الزرع تبع الأرض، فإن قوامه بالأرض ولصاحب الأصل أن يتملك نصيب صاحب البيع بالقيمة نفيا للضرر عن نفسه كالغاصب إذا صنع الثوب له أن يتملك الصنع بالقيمة فكذا هذا.

وإما له الإنفاق عليه؛ لأن الزرع مشترك بينهما وفي الزرع المشترك بين اثنين إذا أبى أحدهما الإنفاق فللآخر أن ينفق عليه بأمر القاضي نفيا للضرر عن نفسه حتى يرجع بذلك في حصة الآتي؛ لأن المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة فالنفقة تجب عليهما نصفين على قدر ملكيهما فيرجع بنصف النفقة مقدرا بالحصة حتى لا يرجع بالزيادة على الحصة؛ لأن الرجوع بالزيادة إجبار على النفقة وليس لهما ولاية الإجبار، ويضمن قيمة زرعه ثابتا ليس له حق القرار؛ لأنه ثابت ليس لمالكه حق تقريره في الأرض؛ لأنه غير مالك للأرض، ولا يستأجر فيضمنه كما هو، ولا أجر على المزارع؛ لأنه لما رضي بإبطال حقه لم يجز إثبات الإجارة فلم تثبت الإجارة بينهما.

ولو غاب المزارع بعدما زرع فأنفق رب الأرض إلى وقت الإدراك بأمر القاضي ورجع المزارع يرجع بجميع ما أنفق لا سبيل له على الزرع حتى يعطيه النفقة كلها؛ لأن المزارع لو كان حاضرًا لكان القاضي يجبره على النفقة على جميع الزرع لالتزامه بعقد المزارعة، فإذا غاب فأنفق رب الأرض بإذن من له ولاية على الغائب صار جميع النفقة دينًا على الغائب وكان لصاحب الأرض أن يحبس حصة المزارع من الزرع حتى يوفي نفقته؛ لأن هذا الدين للمنفق إنما وجب له عليه بسبب الزرع فيكون الزرع محبوسًا به كالمودع إذا أنفق على الوديعة بأمر القاضي كانت الوديعة محبوسة به إلا أنه يرجع عليه بعد هلاك الزرع، وإن كانت حصة الزارع محبوسة عنده بالنفقة لأن الأجر ما استفاد ملك الزرع من جهة رب الأرض بما أنفق، فإن الزرع قبل الإنفاق كان مالًا مملوكًا للمزارع إلا أنه وجب هذا المال له على الزارع بسبب الزرع وكان محبوسًا به، وإن لم يكن مضمونًا كالمستأجر يكون محبوسًا عند

المستأجر بالأجرة بعد انفساخ الإجارة ولا يكون مضمونًا به، وإن اختلفا في النفقة فالقول قول المزارع مع يمينه على علمه؛ لأن رب الأرض يدعي الزيادة في النفقة والمزارع ينكرها. انقضت المدة والزرع بعل فأيهما أنفق بغير أمر القاضي والآجر غائب فهو متطوع؛ لأنه لا ولاية له عليه وهو غير مضطر في ذلك، وأنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي فصار كالمودع إذا أنفق على الوديعة بغير أمر القاضي، وأيهما أنفق بأمر القاضي رجع بنصفها في حصّة صاحبه، ولا يجب أجر الأرض؛ لأن الإجارة إنما تثبت بالتراضي أو بالقضاء ولم يوجد إلا أن يكون الزارع هو الحاضر فيأمر القاضي بالإنفاق؛ لأن له ولاية حفظ مال الغائب ويجعل عليه أجر مثل نصف الأرض؛ لأن العامل صاحب الأرض يشغل الأرض بزرعه وللقاضي ولاية النظر للغائب جاز أن يقضي بالإجارة بينهما ولا يقبل القاضي قول أحدهما إن صاحبي غائب حتى يثبته بالبينة فيأمره بالإنفاق؛ لأن القاضي لا يسمع هذه البينة للقضاء على الغائب؛ لأنه ليس عنه خصم حاضر وإنما يسمع ليلزمه الحفظ في مال الغائب، فإن المزارع بما قال ادعى على القاضي إيجاب حفظ مال الغائب فلا يلتزم القاضي ذلك منه مجرد الدعوى فإنما يلتزمه بإقامة البينة وقيل سماع البينة القاضي مجبر في حفظه وبعده يلزمه حفظه وكان سماع البينة حق الحفظ مقيدا، وإن لم يكن له بينة يقول له القاضي أمرتك بالإنفاق إن كان كما يقول؛ لأن للقاضي ولاية حفظ مال الغائب بالإنفاق عليه وصار كما لو جاءت امرأة إلى القاضي وقالت: إن فلانا يخطبني وليس لي وليّ، فإن القاضي يكلفها إقامة البينة على ما ادعت، فإن شاء قال لها زوجي نفسك إن كان الأمر كما وصفت؛ لأنها ادعت إيجاب عقد تزويجها على القاضي فيجبر القاضي في إنكاحها قبل إقامة البينة ويلزمه بعد فكذا هذا.

ولو قال المزارع بعدما صار بقلًا: لا أنفق أجبر عليه؛ لأنه ضمن بعقد الإجارة الزراعة الإنفاق على الزرع ما لم يستحصد، فإذا أبى يجبر عليه، فإن لم يكن عنده ما ينفق قيل لرب الأرض أنفق وارجع بجميع ما أنفقت إذا لم تنقض مدة الزراعة؛ لأن هذه نفقة مجبر عليها المزارع لو كان قادرًا على الإنفاق، فإذا أنفق بأمر القاضي رجع بجميعها عليه مراعاة لكلا الحقين. زرع المزارع ونبت فاستحقت الأرض

للمستحق القلع؛ لأنه ظهر أنهما غاصبان في الزرع فلا يستحق القرار كقوله عليه السلام: "**ليس لعرق ظالم حق**"، والعرق ما وصل في الأرض بغير حق ثم الزارع إن شاء ضمن الدافع قيمة نصف الزرع نابتًا، وإن شاء قلع معه؛ لأن الدافع ضمن له بعقد المزارعة سلامة الزرع نابتًا في أرضه إلى أن يستحصد الزرع، فإذا لم يسلم له ذلك حصل مغرورًا من جهته فيرجع على الغارّ وقيمته نابتًا في أرضه وله حق القرار أكثر من قيمته نابتا في أرض غيره وليس له حق القرار، ألا ترى أن من غصب أرضًا وزرعها ثم قلعه إنسان ضمن قيمته نابتا في أرض غيره؛ لأنه أتلف زرعًا ليس له حق القرار، وإن استحقت مكروبة قبل الزرع لا شيء له؛ لأن للعامل في الأرض مجرد عمل؛ لأنه لا يتقوم إلا بعقد ولم يرد على عقد إذا كان البذر من جهة العامل، وإن كان البذر من جهة رب الأرض لم يذكره محمد وقالوا: ينظر إن كان الاستحقاق قبل الزراعة فلا شيء للعامل؛ لأنه ورد على عمله مزارعة صحيحة ولم يظهر فسادها بالاستحقاق؛ لأن الإجارة وردت على منافع العامل هنا وعلى بعض الخارج من بذر رب الأرض ولم يظهر فيهما استحقاق فبقيت المزارعة صحيحة وفي المزارعة الصحيحة لا أجر للعامل إلا بعض الخارج، وإن استحقت بعد المزارعة، وإن شاء قلع معه، وإن شاء رجع على الدافع ثم قيل بماذا يرجع على الدافع قيل بأجر مثل عمله؛ لأن الأجرة تعينت بعد العقد وتعلق العقد بها حتى لم يكن للدافع أن يعطيه غيرها فالتعين في الانتهاء كالتعين في الابتداء كما في المعاملة إذا استحق النخيل بعدما أثمرت كان للعامل أن يرجع عليه بأجر المثل.

وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: يرجع عليه بقيمة حصته من الزرع؛ لأن الأجر لم يكن متعينًا في العقد وإنما تعين من بعد فإذا ردّ الأجر بالعيب وجب الرجوع بقيمة الأجر، كما لو استأجر بمكيل أو موزون في الذمة ثم قبض حتى تعين بالقبض ثم وجد به عيبًا رده ورجع بمثله لا بقيمة عمله فكذا هذا بخلاف المعاملة؛ لأن الأجرة كانت عينًا وقت العقد؛ لأن ما يتولد منه الأجر وهو النخيل متعين حتى لم يكن لصاحب النخيل أن يعطيه نخيلا أجر وكان تعيين نخل الأجر كتعيين الأجر وقت العقد حكمًا فلو أجاز المستحق المزارعة هل تصح إجارته؟ قالوا إن كان البذر

من جهة رب الأرض لا تصح؛ لأن العقد لم يرد على ملك المستحق، وإنما ورد على منافع العامل وعلى بعض الخارج من بذر صاحب الأرض وذلك ملكهما، فإن لم يرد العقد على ملك المستحق لم تصح إجارته، وإن كان البذر من جهة العامل تصح إجارته إلا إن قيل الزراعة لم تنته العقد نهايته فصحت الإجارة وبعد الزراعة انتهى العقد نهايته فلم تصح الإجارة كمن أجر دار غيره شهرًا فأجاز صاحب الدار قبل مضي المدّة جازت وبعده لا تجوز.

(فصل)

والعذر في المعاملة كالعذر في المزارعة وحكم موت أحدهما كذلك وتغير، فإن في ثلاثة أوجه **الأول**: المعاملة إذا انقضت مدتها والثمار بسر يترك إلى أن يدرك بلا أجر وفي المزارعة يترك الزرع بعد انقضاء المدة بأجر والفرق أنه يجوز إجارة الأرض البيضاء حتى يزرع، فيجوز إجارة الأرض المزروعة حتى تدرك ولا تجوز إجارة النخيل لتخرج الثمرة فلا يجوز أيضًا إجارة النخيل المثمرة لإدراك الثمرة فيترك النخيل في يده بغير إجارة إلى أن يدرك الثمار نظرًا للعامل وإن كان فيه شغل ملك العامل صاحب النخيل بثمره العامل؛ لأن حق الزارع في الثمرة قبل الإدراك يفوت بالغريم أصلًا وهو صاحب النخيل بكونها مشغولة بثمر العامل لا يفوت إلا بعوض، فإنه يحصل له زيادة مال، فإن الثمر يتعظم بتركه على النخيل إلى أن يدرك وكان مراعاة حق العامل أولى.

والثاني: إذا استحقت النخيل بعدما خرج طلعها ليس للعامل تضمين الدافع قيمة نصف الثمار لكن يرجع بأجر مثل عمله بخلاف المزارعة إذا استحقت الأرض لا يرجع المزارع بأجر المثل، والفرق أن استحقاق النخيل يوجب استحقاق الثمار؛ لأن الثمار تولد من النخيل، فإذا خرج الثمار لعمله تعينت الأجرة واستحقاق الأجرة المعينة يوجب الرجوع بأجر المثل، فأما استحقاق الأرض لا يوجب استحقاق الزرع؛ لأن الزرع يستحق بملك البذر لا بملك الأرض فلم يستحق الأجرة وبقيت على ملك المزارع إلا أنها تعينت فيرجع بقيمتها حتى لو دفع الأرض مزروعة فعمل العامل ونما الزرع بعمله ثم استحقت الأرض والزرع رجع العامل على الدافع بأجر المثل.

والثالث: دفع النخيل معاملة بعدما خرج ثمرها ليعمل فيها ويسقيها ولم يوقت وقتا لما بينا.

(باب عمل صاحب الأرض والنخيل مع العامل بأمر العامل أو بغير أمره)

مسائله على قسمين: إما أن كان البذر من قبل رب الأرض أو من قبل المزارع الأول لو دفع أرضًا وبذرًا مزارعة بالنصف فزرع العامل وسقاه فلما نبت قام عليه رب الأرض حتى استحصد بغير أمر المزارع فالخارج نصفان ورب الأرض متطوع؛ لأن الزرع نبت على ملكهما وكان مشتركا بينهما وأحد الشريكين إذا عمل في المال المشترك يكون متطوعا ومعينًا لشريكه فصار كما لو قام عليه أجنبي فاستحصد كان متطوعا.

ولو بذر المزارع ولم ينبت ولم يسقه فسقاه رب الأرض حتى نبت وقام عليه حتى استحصد والخارج لرب الأرض ولا شيء للمزارع قياسًا، وفي الاستحسان الخارج بينهما نصفان، وكذلك لو سقاه أجنبي بغير إذن المزارع. وجه القياس: أن البذر بعد التبذير قبل النبات قائم لم يتغير عن حاله، فإنه يمكن تمييزه من الأرض لو تكلف، ولهذا إن من غصب بذرًا وزرعه في أرضه فقيل إن ينبت كان لصاحب البذر وأن يجيز فعله.

ولو صار مستهلكًا لم يعلم إجازته كما بعد النبات، فإذا سقاه رب الأرض صار مستهلكًا البذر بغير إذن المزارع فصار مشتركًا وناقضًا للزراعة كما لو بذر رب الأرض بغير إذن المزارع وسقاه ونبت، وجه الاستحسان أن سقي رب الأرض حصل بإذن الزارع دلالة؛ لأن الزارع لما بذر الأرض فقد طلب منه الإنبات؛ لأن البذر لا يبذر في الأرض إلا للنبات والنبات لا يكون إلا بالسقي إذا حصل التبذير قبل السقي فصار الزارع بعد التبذير مستعينًا بكل واحد يسقي الأرض دلالة ويصير رب الأرض معينًا له دلالة، ولو لم يزرع حتى زرعه رب الأرض وسقاه حتى نبت ثم قام عليه المزارع بعده حتى استحصد فالخارج لرب الأرض والمزارع متطوع؛

لأن التبذير حصل بغير إذن الزارع نصًّا ودلالة؛ لأن الناس يتفاوتون في التبذير فلا تثبت الاستعانة لكل أحد من الناس دلالة فصار رب الأرض مستردًّا للبذر وناقضًا للمزارعة كرب المال إذا أخذ رأس المال بغير أمر المضارب وتصرف فيه وربح فالربح كله له وصار ناقضا للمضاربة فكذا هذا.

وإن بذره رب الأرض بغير إذن المزارع ولم يسقه ولم ينبت فسقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج نصفان؛ لأن سقي الزارع حصل بإذن رب الأرض بالزراعة السابقة، فإن الزراعة السابقة إذن للمزارع من رب الأرض بالتبذير والسقي؛ لأن العمل عليه بحكم المزارعة فوقع عمله في المزارعة ولا يمكن أن يجعل رب الأرض فاسخًا للمزارعة بالتبذير بغير أمر العامل؛ لأنه إنما يملك بعض المزارعة نصًّا حال حضره المزارع ولا يملك نقضها حال عينه المزارع نصًّا فكذا لا يملك دلالة كما في الوكيل بالبيع والشراء.

وأما **القسم الثاني**: لو كان البذر من قبل الزارع فبذر فلم يسقه ولم ينبت حتى سقاه وكان رب الأرض منبتًا له، وكذلك لو بذره رب الأرض فلم ينبت ولم يسقه حتى سقاه المزارع وقام عليه فالخارج بينهما؛ لأن البذر تغير بعمل المزارع وكان العقد انعقد على عمل المزارعة فوقع عمله على المزارعة.

ولو كان رب الأرض سقاه حتى نبت ثم قام عليه الزارع وسقاه فهو لرب الأرض ويضمن البذر والمزارع متطوع في سقيه؛ لأنه لما أخذ البذر بغير أمر المزارع وبذر وتغير واستهلك بعمله صار غاصبًا للبذر وعاملًا لنفسه فالخارج نبت على ملك رب الأرض والمزارع عمل في ملك رب الأرض بغير أمره فكان متطوعا وخروج الطلع في النخل كخروج الزرع ونباته في المزارعة فكان الجواب كالجواب في المزارعة حتى لو أخذ النخيل بغير أمر العامل فسقاه وقام عليه حتى طلع طلعه ثم صار تمرًا فجميع ذلك لصاحب النخيل؛ لأن صاحب النخيل صار عاملًا لنفسه فانتقضت المعاملة حكمًا كعمله لنفسه وقد ثبت الشيء حكمًا لغيره، وإن كان لا يثبت قصدا كعزل الوكيل.

(باب اختلافهما في المزارعة والمعاملة)

مسائله على قسمين: إما أن اتفقا على جواز المزارعة واختلفا في مقدار المشروط، أو اختلفا في زمان المزارعة وفسادها.

أما القسم الأول: لو اتفقا على جواز المزارعة واختلفا في مقدار المشروط والبذر من قبل رب الأرض وأقاما البينة ينظر إن كان قبل الزراعة وأقاما البينة فالبينة بينة المزارع لأنها أكثر إثباتا لأنها ثبتت زيادة شركة في الخارج، وإن لم يقم لأحدهما بينة تحالفا وترادّا؛ لأنهما اختلفا في بذل عقد يحتمل الفسخ والمعقود عليه قائم؛ لأن المزارعة معاوضة مال بمال؛ لأن ما سوى منافع البضع مال وأنها تقال وتفسخ بالتراضي وكان بمعنى البيع والإجارة فيجب التحالف بدلالة النص الوارد في البيع ويبدأ بيمين قيل هذا قول أبي يوسف الأول وعلى قوله الآخر وهو قول محمد يبدأ بيمين رب الأرض؛ لأن العامل بائع منفعته؛ لأن البذر متى كان من رب الأرض فهو مستأجر للعامل والعامل مؤاجر والمؤاجر بائع والمستأجر مشترٍ وفي البيع يبدأ بيمين البائع على قوله الأول وعلى قوله الآخر يبدأ بيمين المشتري وهل هذا قول الآجر وهو قول محمد؛ لأن اليمين في الأصل شرعت على المنكر والزارع ابتدأ إيجارًا؛ لأنه أشبه بالمنكرين؛ لأنه يستحق الخارج بالشرط.

ولو قال رب الأرض: أنا أنقض المزارعة فلا يخالف كالبيع إذا كان لأحدهما خيار واختلفا في الثمن، وإن اختلفا بعد الزراعة والنبات فالقول لرب الأرض مع يمينه والبينة للآجر؛ لأن العامل يدعي زيادة في المشروط ورب الأرض ينكر وصار كالإجارة إذا اختلفا في مقدار الأجر بعد استيفاء المنفعة فالقول للمستأجر فكذا هذا.

وأما إذا كان البذر من العامل فالقول له والبينة للآجر بعد الزراعة وقبلها يتحالفان ويبدأ بيمين رب الأرض؛ لأن صاحب البذر ينزل منزلة رب الأرض.

وأمّا القسم الثاني: لو اختلفا في جواز المزارعة وفسادها فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: لو اختلفا قبل الزراعة فادعى أحدهما النصف وادعى الآخر أقفزة

معلومة فالقول لمدعي الفساد فهو مدعي الأقفزة؛ لأن مدعي الفساد هو المنكر بكل حال؛ لأن مدعي النصف إن كان رب الأرض فقد ادعى الشركة في الخارج ومدعي الفساد ينكر ذلك، وإن كان مدعي النصف صاحب البذر فقد ادعى لزوم العقد ويملك منافع الأرض ورب الأرض ينكر وكان المنكر من يدعي الفساد بكل حال وهذا الاختلاف وقع في نوع العقد؛ لأن أحدهما ادعى المزارعة والآخر ادعى الإجارة الفاسدة؛ لأن المزارعة إذا فسدت انقلبت إجارة فاسدة والاختلاف متى وقع في نوع العقد فيعتبر فيه الدعوى والإنكار كما في المضاربة إذا عمل المضارب وربح فقال رب المال: شرطت لك مائة درهم ولك أجر المثل وقال المضارب: لا بل شرطت لي النصف فالقول لمدعي الفساد وهو رب المال.

وأما إذا اختلفا كذلك بعد الزراعة فالقول قول من له البذر ادّعى الجواز أو الفساد؛ لأن صاحب البذر هو المنكر في الحالين؛ لأنه إن حصل الخارج ممن لا بذر من جهته يدعي الجواز والشركة في الخارج وصاحب البذر يدعي فيكون المنكر صاحب البذر، وإن لم يحصل الخارج فصاحب البذر يدعي الجواز حتى لا يجب عليه أجر المثل والآخر يدعي الفساد حتى يجب أجر المثل فيكون صاحب البذر منكرا لأجل أجرة المثل والبينة بينة مدعي الجواز؛ لأنها أكبر بيانًا إن أخرجت الأرض فلأنها تثبت الجواز والشركة في الخارج، وإن لم تخرج الأرض فلأن بينة المزارع تثبت عشرة أقفزة من الخارج والمزارع لا يستحق الأقفزة بحال وإنما يستحق أجر المثل وهو دراهم، فإذا لم يستحقه ما يدعي من الشرط كان بمنزلة ما لو أنكر الشرط وقال: لم يشترط لي شيئًا، وقال رب الأرض: شرطت لك النصف فبينة رب الأرض أولى لأنها قامت على الإثبات وبينة المزارع على النفي.

والوجه الثاني: لو اختلفا والبذر من قبل رب الأرض فقال: شرطت لك النصف وزيادة عشرة أقفزة، وقال العامل: النصف فالقول للعامل والبينة لرب الأرض سواء اختلفا قبل الزراعة أو بعدها لأنهما اتفقا على عقد واحد لأنهما اتفقا على شرط النصف وأنه اتفق لصحة المزارعة يكون اتفاقا منهما على المزارعة إلا أن صاحب البذر يدعي شرطًا زائدًا يوجب الفساد وهو زيادة عشرة أقفزة وأنكر الأجر فالقول

لمدعي الجواز كما في البيع إذا ادعى أحدهما شرطًا فاسدًا فأنكر الآخر فالقول لمنكر الشرط الفاسد فكذا هذا والبينة لرب الأرض؛ لأن بينته تقرر إثبات زيادة عشرة أقفزة فكانت أولى بالقبول.

ولو عكسا الخلاف فقال رب الأرض: شرطت النصف وزيادة عشرة أقفزة فالقول لصاحب الأرض المدعي للجواز في قياس قول أبي حنيفة على قول من أجاز المزارعة اختلفا قبل المزارعة أو بعدها؛ لأنهما اتفقا على ما يكفي لصحة المزارعة وادعى أحدهما شرطًا يوجب فسادها وأنكر الآخر وعندهما إن اختلفا قبل الزراعة فالقول لمدعي الفساد وبعد الزراعة القول لمدعي الجواز؛ لأن العامل ادعى زيادة بدلًا لعمله وكان بائعًا منافع عمله ببعض الخارج فبعد الزراعة ادعى زيادة في بدل المعقود عليه والمعقود عليه مقبوض هالك فيكون القول لمنكر الزيادة وقبل الزراعة المعقود عليه قائم غير مسلم فيكون القول لمن يدعي الزيادة في بدله، فإن كان ما يدعي من زيادة البدل لا يستحقه بحال كما لو قال البائع الثمن ألف ورطل من خمر وأنكر الآخر فعندهما القول له قبل قبض المبيع وبعد قبضه القول للمشتري، وعند أبي حنيفة القول قول المشتري في الحالين فكذلك في الزراعة والبينة بينة المزارع في الحالين اتفاقا؛ لأنها بينت ما هو غير ثابت وهو شرط زائد يفسد العقد وهو زيادة عشرة أقفزة.

والوجه الثالث: لو ادعى رب الأرض شرط نصف الخارج إلا عشرة أقفزة وقال العامل: النصف كاملا، فإن اختلفا بعد الزراعة والبذر من رب الأرض فالقول له والبينة للمزارع؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد. ادعى أحدهما مزارعة والآخر إجارة فاسدة لأنهما لم يتفقا على ما يكفي لصحة المزارعة؛ لأن أحدهما ادعى بعض النصف والآخر ادعى النصف؛ لأنه استثنى خمسه من النصف والاستثناء بحكم بما وراء الاستثناء والإقرار ببعض النصف يفسد المزارعة لقوله مجهولًا، والاختلاف متى وقع في نوع العقد يعتبر فيه الإنكار فالعامل يدعي عليه النصف كاملا ورب الأرض ينكر فيكون القول له والبينة للمزارع؛ لأنه أثبت زيادة شركة في الخارج وجواز العقد وبينة رب الأرض ثبت أجر المثل ويبقى جواز العقد وزيادة خمسة أقفزة فكانت بينة المزارع أكثر إثباتًا.

وإن اختلفا قبل الزراعة فقال العامل: شرطت لي النصف إلا خمسة أقفزة، وقال رب الأرض: النصف فالقول لرب الأرض؛ لأن المزارع متعنت يقصد به إفساد العقد؛ لأنه أنكر شيئًا أقر له به رب الأرض وزيادة ليفسد العقد، وقول المتعنت لا يقبل كما في السلم إذا ادعى الطالب الأجل وأنكر المطلوب فالقول للطالب والبينة بينته أيضًا.

ولو عكسا الخلاف فالقول لرب الأرض المدعي للفساد؛ لأن العامل يدعي زيادة ينكرها صاحب الأرض هذا كله إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وإن كان البذر من قبل العامل فحاله بمنزلة رب الأرض حين كان البذر منه في جميع ما ذكرنا.

(باب اختلاف ورثتهما بعد موتهما)

ولو مات أحدهما أو كلاهما فاختلف ورثتهما في شرط الأنصباء فالقول لورثة صاحب البذر، والبينة للآخر؛ لأنه إن كان البذر من المزارع فهو ذو البذر وصاحب الأرض خارج وبينة الخارج أولى بالقبول، وإن كان البذر من رب الأرض فالمزارع، وإن كان ذو اليد حقيقة؛ لأن البذر في يديه فهو بمنزلة الخارج حكما؛ لأنه يثبت زيادة في الأجر يثبته ببينة رب الأرض ولأن الزارع يثبت ما هو غير ثابت ورب الأرض يثبت ما هو ثابت بقوله؛ لأن شرط النصيب في الخارج يستفاد من جهته، ولهذا جعل القول قوله فكان المزارع خارجا معنى وحكما فكانت بينته أولى.

وإن اختلفوا في صاحب البذر كان القول قول المزارع ووارثه والبينة للآخر؛ لأن البذر كان في يد المزارع والزرع في يده لو أنكر الملك في الخارج أصلًا كان القول له فكذا هذا.

وإن اختلفا في البذر والشرط وأقاما البينة فالبينة بينة رب الأرض؛ لأنه خارج والزارع صاحب البذر، ولو مات المزارع بعد الاستحصاد ولم يوجد الزّرع ولا يدري ما فعل فضمان حصة رب الأرض في مال الزارع من أيهما كان البذر؛ لأن حصّة رب الأرض من الزرع كان أمانة في يد المزارع، فإذا مات ولم يبين فقد مات

مجهلًا للأمانة فيضمن كالمودع إذا مات مجهلًا للوديعة وكذلك إن مات العامل بعدما طلع الثمر وبلغ أو لم يبلغ فلم يوجد في النخل شيء هذا إذا كان عرف خروج الثمرة ونبات الزرع، فإن لم يعلم لا يضمن شيئًا لوقوع الشك في وجوب الضمان.

(باب مزارعة الصبيّ والعبد)

ويصح دفع العبد المأذون الأراضي التي اشتراها مزارعة وذلك لو أخذ أرضًا مزارعة وشرط البذر من قبل نفسه أو من رب الأرض وكذلك الصبي المأذون؛ لأن الزراعة تجارة لأنها مبادلة مال بمال؛ لأنه إن كان البذر من جهته فالعبد مستأجر للأرض ببعض الخارج ومنفعة الأرض مال، وإن كان البذر من جهة الآجر فالعبد مؤاجر نفسه ببعض الخارج ومنفعة العبد مال، وإذا كانت مبادلة مال بمال دخلت تحت الإذن كالإجارة. دفع المأذون أرضًا له مزارعة ثم حجره المولى فلا يخلو إما أن كان البذر من جهة المزارع بقيت المزارعة حجره قبل الزراعة أم بعدها؛ لأن الزراعة لازمة من جانب العبد متى لم يكن البذر من جهته حتى لم يكن له أن يفسخها قبل الحجر من غير عدد والحجر لا يؤثر في عقود لازمة باشرها العبد في حالة الإذن كما لا يؤثر في البيع والإجارة؛ لأن الحجر منع له من التجارة في المستقبل لا فيما مضى لما فيه من إبطال حق الغير، فإن كان البذر من العبد إن حجر عليه بعد الزراعة بقيت المزارعة؛ لأن المزارعة بعد الزراعة صارت لازمة في حق صاحب البذر حتى لا يملك فسخها، وإن حجر عليه قبل الزراعة انتقضت المزارعة؛ لأنها غير لازمة في جانب العبد، ولهذا يملك فسخها قبل الحجر والمولى يملك منعه من الزراعة لما فيه من إتلاف بذره فملك منعه بالحجر وكان الحجر نقضًا للمزارعة.

ولو أخذ المأذون أرضًا مزارعة فحجر عليه المولى، فإن كان البذر من صاحب الأرض بقيت المزارعة؛ لأنها لازمة في جانب العبد ولا يعمل الحجر في حقه، وإن كان البذر من العبد فكذلك بعد الزراعة لأنها صارت لازمة وقبلها بطلت المزارعة؛ لأن للمولى أن يمنعه من المزارعة لأنها غير لازمة فعمل الحجر وقد تعذر العمل

مع الحجر ففات المعقود عليه فينفسخ دفع العبد أو الصبي نخله معاملة ولم يعمل حتى حجر عليه لا ينقض؛ لأن المعاملة لازمة من الجانبين حتى لم يملك العبد نقضها قبل العمل فلا يؤثر فيها الحجر.

ولو دفع العبد أرضه وبذره مزارعة فنهى المولى المزارع أو العبد عن العمل كان نهيه باطلًا؛ لأنه حجر خاص ورد على إذن عام والحجر الخاص لا يرد على الإذن العام.

(فصل)

صبي أو عبد محجور دفع أرضه ليزرعها العامل ببذره والخارج نصفان، فإنه باطل وإن عمل فأخرجت ولم تنقض والخارج نصفان استحسانًا؛ لأنه أجر أرض مولاه وقد سلم المستأجر من العمل فصحت الإجارة لما عرف، وإن نقضها الزراعة فعلى المزارع ضمان النقصان والخارج كله له؛ لأنه زرع أرض غيره بغير إذنه فصار العامل غاصبا للأرض فيضمن النقصان، وإذا ضمنه نقصان الأرض فقد أخذ من المزارع بدل منفعة الأرض مرّة فلا يملك أن يأخذ بدلا آخر وهو الخارج؛ لأن أخذ بدلين بإزاء شيء واحد لا يجوز فيكون الخارج كله للمزارع، وإذا عتق العبد رجع المزارع عليه بما أداه إلى المولى؛ لأن العبد لما أجر الأرض من المزارع فقد ضمن له سلامة منفعة الأرض من غير غرم يلزمه، فإذا لزمه غرم بإزاء ما استوفى من منفعة الأرض فيرجع على العبد بما لحقه من الغرم؛ لأن العبد المكلف يؤاخذ بضمان الأقوال، ولا يرجع بذلك على الصبي بعد البلوغ؛ لأنه لا يؤاخذ بضمان الأقوال لا في الحال ولا بعد البلوغ، ثم يأخذ العبد من المزارع نصف ما أخرجت الأرض فيكون له مقدار ما غرمه للمزارع، فإن كان فيه فضل فالفضل لمولاه؛ لأن نصف الخارج كسب العبد في حال رقه، وكسب الرق إذا حصل في يد المعتق فقضى منه الدين وما فضل منه يكون لمولاه؛ لأنه كسب عبده وقد فضل من الرق، فإن قال المولى لا آخذ نقصان الأرض فأرضى بنصف الخارج فله ذلك قبل عتق العبد وبعده؛ لأنه كسب عبده؛ لأن مزارعة العبد أرض مولاه، والبذر من جهة المزارع إجارة منه للأرض بغير إذن مولاه فيكون بمنزلة إجارة الغاصب، وإجارة الغاصب

جائزة نافذة فيما بينه وبين المستأجر حتى يكون الأجر للغاصب، وكذلك إذا غصب أرضًا فدفعها مزارعة بالنصف فالمزارعة جائزة والزرع بينهما، فكذلك مزارعة العبد أرض المولى بغير إذنه نافذة بعد حصول الزرع فيكون نصف الخارج كسب عبده فيسلم للمولى. حرّ دفع إلى عبد محجور أو صبي محجور أرضًا وبذرًا مزارعة بالنصف فالخارج نصفان استحسانًا؛ لأن المحجور أجر نفسه للزراعة ببعض الخارج فصار كما لو أجر نفسه للزراعة بالدراهم وسلم من العمل يصح استحسانًا؛ لأن العبد غير محجور عن المنافع، وفي إبطال عقده إضرار وفي تصحيحه منفعة وإرفاق؛ لأنه يثبت الشركة في الخارج فصح عقده.

ولو مات العبد حتف أنفه أو في عمل الأرض ضمن صاحبها قيمته والزرع كله له؛ لأنه باستعماله صار غاصبا من أول الاستعمال، ومن غصب عبدًا فمات عنده حتف أنفه أو باستعماله ضمن وملك العبد بالضمان من أول حال الاستعمال فظهر أنه دفع أرضه وبذره إلى عبده للزراعة فيكون الخارج كله له؛ ولأن الزرع اكتساب المغصوب والغاصب يملك كسب المغصوب بالضمان والعامل يملك كسب المغصوب بالضمان.

فأما الصبي إذا مات من عمله في الأرض قبل استحصاد الزرع يضمن عامله صاحب الأرض ديته؛ لأن صاحب الأرض صار مستعملًا للصبي لنفسه ومن استعمل صبيًا لنفسه ومات من ذلك العمل ضمن، كما لو قال: اصعد هذه الشجرة وانقض لي من ثمرها فصعد ومات وجبت ديته على عاقلة الآمر، وإن مات من عمله بعد الاستحصاد لا يضمن؛ لأنه لا يصير مستعملا للصبي؛ لأن العمل بعد الاستحصاد غير داخل تحت الزراعة وتكون حصة الصبي لورثة الصبي؛ لأنه ككسب الصبي، ولو كان البذر من قبل الصبي أو العبد فما خرج فهو لهما؛ لأنهما استأجرا الأرض ببعض الخارج وهما محجوران فلم تصح المزارعة فيكون الخارج كله لصاحب البذر وهو المولى، ولا شيء لصاحب الأرض ولا نقصان الأرض؛ لأن المزارعة حصلت بإذن المالك.

(باب مزارعة المرتد ومعاملته)

مسائله على قسمين: إما أن دفع المرتد مزارعة، أو دفع المسلم إلى مرتد مزارعة.

أما القسم الأول: لو دفع المرتد أرضًا وبذرًا مزارعة ثم قتل على ردته فعلى قول أبي حنيفة على قول من أجاز المزارعة والخارج كله للمزارع وعليه البذر ونقصان الأرض لورثة المرتد وعندهما مزارعة المرتد صحيحة كسائر عقوده وعنده تصرفات المرتد موقوفة وأملاكه مترددة وزوالها مترقب، وإن كان البذر من قبل المزارع، فإن انتقصت الأرض بالزراعة فضمن نقصان الأرض والخارج له، فإن لم تنتقص فالخارج نصفان نصفه للمزارع ونصفه لورثة المرتد استحسانًا، والقياس أن يكون كل الخارج للمزارع؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فيعد من المرتد في كسب الإسلام كسائر تصرفاته وقد بطل عقد المرتد بهلاكه فصار المزارع غاصبًا للأرض. وجه الاستحسان أن توقف تصرف المرتد لتعلق حق الورثة بماله نظرًا لهم فيكون المرتد محجورًا عن تصرف هو ضار بهم لا عما هو نافع لهم، ألا ترى أنه لم يصر محجورًا عن قبول الهبة، فإذا لم ينتقض الأرض لو أبطلنا عقده لتضرر به الورثة؛ لأنه فات مجّانا وفي تصحيحه منفعة لهم؛ لأن الخارج يكون مشتركًا بينهم وبين العامل فصحيحا عقده نظرًا لهم كالعبد المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل وجبت الأجرة فكذا هذا والزرع تابع للأرض في حكم الفيء والأرض هنا لم تصر فيئًا لأنه كسب الإسلام فلا يصير الزرع أيضًا تبعًا لها حتى لو وهب للمرتد أرضًا في دار الإسلام وقبضها ثم مات على الردة قالوا: يجب أن لا تصير فيئًا فيكون للورثة كالزرع.

فأما القسم الثاني: لو دفع مسلم أرضه إلى مرتد مزارعة، فإن كان البذر من المرتد وقتل فالخارج لورثته ولا شيء لرب الأرض نقضه أم لا على قياس قول أبي حنيفة؛ لأن المزارعة قد بطلت بموته إلا أنه لم يبطل الأمر بالزراعة؛ لأن الأمر مسلم لمالك الأرض فصار كأنه قال: ازرع أرضي ببذرك فلا يضمن شيئًا لرب

الأرض بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن الأمر حصل من غير مالك؛ لأن مالك الأرض كان مرتدًا وأملاكه في حق التصرفات تعتبر زائلة وعندهما الخارج بينهما على ما شرطا؛ لأن المزارعة صحيحة، ولو أسلم المرتد بعد الإدراك تنقلب جائزة بالاتفاق كأنه لم يزل مسلمًا، وإن كان البذر من المسلم جاز والخارج على ما شرطا بالاتفاق؛ لأن المرتد أجر نفسه ببعض الخارج ولا حجر عليه في منافع نفسه إذ لا حق للورثة في نفسه ومنافعه، ولهذا يملك إعارة نفسه فلأن يملك الإجارة أولى.

ولو كانا مسلمين حرين تعاقدا ثم ارتدا أو أحدهما لم يفسد؛ لأن الردة الطارئة على الإجارة لا تبطلها ولا توجب توقفها، فكذلك المزارعة والمعاملة؛ لأن المزارعة بعد الزراعة لازمة من الجانبين كالإجارة وقبل الزراعة لازمة في حق من لا يدر من جهته فالردّة الطارئة عليه إن جعلت كالمقارنة باعتبار أنها غير لازمة كما في المضاربة لا تجعل كالمقارنة باعتبار أنها غير لازمة كما في الإجارة والمقارنة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك والاحتمال، ولو كانا مرتدين والبذر من الدافع فالخارج للعامل وعليه غرم البذر ونقصان الأرض؛ لأنه بطل عقد المزارعة فصار المزارع غاصبًا.

(فصل)

حربي دخل دارنا بأمان فدفع إليه مسلم أرضه وبذره مزارعة سنةً بالنصف جاز؛ لأن المستأمن في المعاملة كالذمي، وينبغي للوالي أن لا يدعه في دار الإسلام هذه المدة؛ لأن المستأمن الحربي لا يمكن أن يمكث في دار الإسلام حولًا من غير جزية ويجوز تركه فيما دون سنة، وإن مكث سنة بعد التقدم جعله ذمّيًا ووضع عليه الجزية ولا يمكن من العود إلى دار الحرب؛ لأنه لما مكث حتى مضى الوقت وقد قال له الإمام جعلتك ذمّيًا بعد مضي الوقت فقد رضي بالذمة وبالتزام الجزية دلالة.

ولو دفع مسلم في دار الحرب إلى حربي أرضه بعشرين قفيزًا مزارعة جاز عندهما ولم يجز عند أبي يوسف؛ لأن عندهما تجوز العقود الفاسدة بين المسلم، والحربي في دار الحرب خلافًا له، فإن استحصد الزرع ولم يحصد حتى ظهر المسلمون على تلك الدار والأرض والزرع كله فيء لأن الزرع تبع للأرض ما دام

متصلا بها، ولهذا يأخذ الشفيع الزرع مع الأرض قبل الحصاد والأرض صارت فيئًا فكذلك الزرع صار فيئًا تبعًا لها بخلاف البيع لا يدخل فيه الزرع إلا بالشرط؛ لأن الملك يثبت بالبيع بالشرط فلا يملك به إلا المشروط أو ما هو متصل به اتصال خلقة أو اتصال قرار فيصير في حكم أجزائه والزرع متصل به اتصال زوال فلم يصر في حكم أجزائه وهنا الملك يثبت بالاستيلاء والاستيلاء يتحقق في الكل والزرع تبع للأرض فيملك به.

ولو كان حصد كان نصيب المسلم له؛ لأن الزرع مال مسلم وبالحصاد صار منقولا فخرج من أن يكون تبعًا للأرض ومنقولات المسلم الذي دخل دار الحرب بأمان لا تصير فيئًا.

ولو دفع حربي أرضه مزارعة إلى حربي بعشرين قفيزا فلم يزرعها حتى أسلما وأهل الدار فسدت؛ لأن الإسلام ورد قبل انتهاء المزارعة فمنع عن الصبي في المزارعة الفاسدة كما لو أسلما قبل قبض مال الربا يمنع عن القبض فكذا هذا.

(باب مزارعة المريض ومعاملته)

أصله: أن المريض محجور عن تصرف يبطل حق الغرماء والورثة، غير محجور عن تصرف لا يبطل حقهم، وحق الغرماء والورثة تتعلق بما يجري فيه الإرث وهو الأعيان فلا يتعلق بما لا يجري فيه الإرث كالمنافع وما ليس بمال؛ لأن الإرث يجري فيما يبقى زمانين ينتقل بالموت إليهم من جهة الميت والمنافع لا تبقى زمانين.

مسائله على قسمين: إما أن دفع المريض أرضه مزارعة أو أخذ أرض غيره مزارعة، فكل قسم لا يخلو إما أن كان عليه دين مستغرق أم لا.

أمّا القسم الأول: لو دفع المريض أرضه مزارعة ينظر إن كان البذر من العامل فالمزارعة جائزة بكل حال والخارج على شرطهما ولا شيء على العامل؛ لأن المريض ملك منفعة أرضه من المزارع متى كان البذر من جهة المزارع وحق الغرماء والورثة لم يتعلق بالمنافع فصح تصرفه، فإن كان البذر من جهة المريض ولا

مال له سوى الأرض والبذر، فإن كان المزارع أجنبيًا ولا دين على المريض ينظر إن كان قيمة حصة المزارع من الزرع يوم خرج مثل أجر المثل أو أقل منه سلّم له حصته من الزرع مهما يزداد بعد ذلك إلى يوم الحصاد.

وإن كان حصته من الزرع مع الزيادة أكثر من أجر مثل عمله؛ لأن المريض استأجر المزارع ببعض الخارج من بذره يوم صار للخارج قيمة بعوض بعدله والزيادة على أجر المثل إلى يوم الحصاد يسلم له؛ لأن المزارع قبض الأجر يوم خروجه؛ لأن جميع الخارج يحصل في يد العامل وقت خروجه من الأرض والأجرة تملك بالتعجيل فيملك العامل عند خروجه من الأرض، ولهذا لو باع حصته من الخارج جاز بيعه وصح قبضه؛ لأن ما قبضه مثل حقه والزيادة. إنما حدثت على حكم ملك القابض فيملكها، وإن كانت قيمة حصة المزارع يوم الخروج أكبر من أجر مثل عمله ينظر إن خرج ما شرط له من ثلث ماله أو لم يخرج ولكن أجازت الورثة فسلم له الكل، وإن لم يجز الورثة فله من الخارج مقدار أجر مثل عمله وثبت ما بقي إلى تمام المشروط وصية له؛ لأن قيمة المشروط له من الخارج لما كان أكثر من أجر المثل لم يصح قبض حصته من الزرع؛ لأنه قبض أكثر من حقه؛ لأن حقه مسبوق بحق الورثة شائع في الكل فكان قبضه مستحق النقض في الكل فلم يصح وبقي الزرع على حكم ملك المريض فتعتبر هذه الزيادة حادثة على ملك المريض فكان له أجر مثله وقت الحصاد من غير الزيادة كالمريض إذا باع جارية قيمتها ألف بخمسمائة فازدادت في يد المشتري، فإنه يعتبر في الزيادة حكم الوصية؛ لأنها حدثت بعض قبض مستحق النقض فكذا هذا.

وإن كان عليه دين محيط بجميع ماله كان الزارع أسوة الغرماء يضرب المزارع بقيمة حصته من الزرع زائدة إلى يوم الحصاد إن كانت قيمة حصته مثل أجر عمله، وإن كانت أكبر تصرف بمقدار أجر مثل عمله من غير زيادة وسائر الغرماء بديونهم؛ لأن المريض استأجر أجيرًا ببعض الخارج من الزرع فيكون غريما من غرمائه، فإذا سلم إليه الأجر وعليه دين مستغرق قد آثره على سائر غرمائه؛ لأنه دفع إليه مالًا ولم يقبض منه بأن الخارج ما يصلح لقضاء حق غرمائه، وكان في سلامة الأجر

للأجير ضرر للغرماء فلم يسلم كما لو قضى المريض دين أحد غرماء الصحّة لم يسلم للقابض ما قبض أو صار كما لو استأجره للزراعة بجارية بعينها وعليه دين مستغرق، وكذلك إن كان المزارع وارثا إلا أنه لا وصية له وهذا عندهما وعلى قياس قول أبي حنيفة لا يجوز مزارعته مع الوارث والوارث معين؛ لأن المريض محجور عن تمليك شيء من ماله من وارثه عنده حتى لو باع عينًا من أعيان ماله من وارثه ببدل يعدله لا يجوز عنده، وعندهما يجوز.

وأمّا **القسم الثاني:** صحيح دفع أرضه إلى مريض مزارعة بالنصف والبذر من العامل ولا مال له سواه فأخرجت الأرض ثم مات.

فالجواب فيه كالجواب فيما إذا دفع المريض أرضه مزارعة والبذر من العامل على الفصول التي ذكرنا؛ لأن هناك المريض هو المستأجر للعامل ببعض الخارج وهنا المريض مستأجر للأرض ببعض الخارج والمعاملة في هذا كالمزارعة.

وإذا استأجر المريض أجيرًا في مرضه يخدمه بجارية قيمتها ثلاثمائة درهم وأجر مثل الرجل مائة فأكمل الخدمة وقبض الجارية ثم مات المريض ولا مال له غيرها، فإن شاء الأجير أخذ الجارية كلها وأعطى الورثة أربعة أتساع قيمتها، وإن شاء نقض الإجارة وردّ الجارية على الورثة وكان له في مال الميت أجر مثله مائة درهم تباع الجارية حتى يستوفي ذلك؛ لأن ثلث الجارية لا محاباة فيه وفي الثلثين محاباة فيحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة فصارت الجارية تسعة أسهم ثلاثة للأجير بحكم الإجارة بقي ستة محاباة المريض بها، والمحاباة في مرض الموت وصية فيكون له ذلك وهو سهمان يسلم للأجير خمسة أتساع الجارية بقي أربعة أتساعها حق الورثة فيضمها للورثة، وإن شاء نقض الإجارة؛ لأنه يلزمه زيادة غرم لم يرض به فهو المحاباة بثلثي الجارية فله أن يلتزم الغرم. واحد أجر مثل عمله ولا شيء له من الوصية؛ لأن الوصية ما كانت مقصودة بنفسها، وإنما كانت في ضمن الإجارة وقد انتقضت الإجارة فبطلت الوصية فيبقى حق الأجير في أجر مثله فحسب ولا نسبة هذه المزارعة والمعاملة إذا كانت فيها المحاباة فأراد أن يرد قيمة الفضل من الأجر والوصية لم يكن له ذلك، وإنما يرد عين الزيادة؛ لأن الخارج

مكيل أو موزون والشركة ليست بعيب فيها، وله أن يرد عين الزيادة لا قيمتها.

ولو كان أجر مثل الأجير يوم دفعت الإجارة ثلاثمائة درهم والمسألة بحالها ثم مات المريض وقد زادت الجارية في بدنها أو في السعر أو زادت في يد الأجير قبل موت المريض بعد تمام مدة الإجارة أو قبلها وعلى المستأجر دين كثير، فإن الجارية بزيادتها وولدها بينهم تصرف الأجير بقيمتها وقيمة ولدها يوم الخصومة وتصرف الغرماء بديونهم فما أصابوا قيل للأجير: أدّ إليهم قيمة دراهم أو دنانير، قال: إني بعت الجارية وولدها، فيصرف الغرماء في ثمنها بديونهم ويصرف الأجير بأجر مثله لا غير؛ لأنه متى رد انتقضت الإجارة والوصية فيجب أجر المثل، فإن لم يرد الجارية ولكن نقصت في السعر فصارت تساوي مائة عند الأجير والمسألة بحالها فلا ضمان على الأجير في نقصانها؛ لأن نقصان السعر فتورٌ في قلوب الناس فلا يكون مضمونا على أحد، ولهذا لم يكن مضمونا على الغاصب ويصرف الغرماء فيها بديونهم ويصرف الأجير فيها بقيمتها وما أصاب الغرماء أعطاهم الأجير قيمته، فإن أبى بيعت الجارية فضرب في ثمنها بثلاثمائة أجر مثله وضرب الغرماء بديونهم؛ لأنه إذا لم يرد الجارية فقد انتقضت الإجارة ووجب له أجر مثله وأجر مثله ثلاثمائة درهم.

ولو نقصت [الجارية في الثمن](1) فصارت تساوي مائة درهم قسمت قيمتها يوم قبضها وذلك بثلاثمائة بين الغرماء والأجير فما أصابهم ضمنه من ماله وتسلم له الجارية وليس له أن يرد الجارية؛ لأن ما انتقص من الجارية تلف في ضمانه؛ لأن الأجير قبض الجارية وقد انتقص من الجارية تلف في ضمانه؛ لأن الأجير قبض الجارية وقد تعلق بها حق الغرماء فما فات شيء من عينها يكون مضمونًا عليه وقد تعلق بها حق الغرماء فما فات شيء من عينها يكون مضمونًا عليه وقد فات شيء عليه منها وأخلف بدلا فصار كأنه لم يفت وباقي في بدنه فيقسم ثلاثمائة بين الغرماء والأجنبي وليس له أن يرد الجارية لأنها تعيبت في يده وقد قبضها سليمة فلا يملك ردها معيبة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): في البدن.

(فصل)

المزارع مريض وعليه دين الصحة والبذر من قبله أو شرط الثلثين لصاحب الأرض ثم مات وأنكر الغرماء ذلك، فإن أقر بعد الاستحصاد بُدِئَ بدين الغرماء، فإن فضل شيء فله أجر الأرض من الثلثين الذي أقر به وما بقي يكون وصية لرب الأرض فكان له من الثلث؛ لأن المريض أقر بالمزارعة في حال لا يملك إنشاءها؛ لأن المزارعة بعد الاستحصاد لا تصح فصار مقرًا في المرض بعين تعلق بها حق غرماء الصحة فلم يصح في حقهم فقد أقر بعين هي وديعة وأنها مستهلكة بالتجهل فصارت دينًا عليه ويقدر أجر المثل لا محاباة فيه وهو إقرار في المرض فيقدم على حق الوارث والموصى له والزيادة على أجر المثل محاباة فكانت وصية فينقد من الثلث، فإن أقر بذلك حتى طلع الزرع وفي ثلثيه فضل عن أجر مثل الأرض يوم أقر ثم استحصد ثم مات صاحب الأرض يصرف مع غرماء الصحة بمقدار أجر مثل الأرض؛ لأنه أقر بالمزارعة في حالة تملك إنشائها فيجعل إقراره بعقد ماضي كأن استأنف المزارعة في المرض.

ولو أنشأ المزارعة في المرض صح في حق غرماء الصحة فقد وجب مقدار أجر المثل بسبب معاين لا تهمة فيه وهو إنشاء العقد فساوى في قدر أجر المثل بسبب معاين.

ولو كان الدين عليه بإقراره في المرض بدأ بأجر المثل؛ لأن قدر أجر المثل وجب بسبب معاين لا تهمة فيه فيكون بمنزلة دين الصحّة فيقدم على دين المرض.

ولو كان البذر من قبل رب الأرض فالمريض مصدق فيما أقر به، وإن كان عليه دين الصحة؛ لأن المزارع أجير متى لم يكن البذر من قبله والأجير من يملك المنفعة فقد أقر بتمليك المنفعة بغير بدل أصلًا بأن أقر بأنه كان معينًا له صدق ففي هذا أولى وقس على هذا إذا كان المريض رب الأرض وعليه دين الصحة فأقر في مرضه في المزارعة بعدما استحصد الزرع بأنه شرط للمزارع الثلثين أو أقر به قبل

الاستحصاد فالحكم في البداية بدين الصحة وبقية الأحكام على ما مر، وكذلك الحكم في معاملة النخيل.

(باب المزارعة في الرهن والكفالة في المزارعة)

رهن أرضًا ونخلًا له فقال للمرتهن بعد التسليم اسقه ولقحه واحفظه على أن الخارج نصفان، فقيل: فالمعاملة فاسدة وللمرتهن أجر مثله في التلقيح والسقي دون الحفظ والأرض والنخيل والخارج رهن؛ لأن من شرط جواز المعاملة أن يكون النخيل أمانة عند العامل؛ لأن العامل أجير ببعض الخارج ومحل العمل أمانة عند الأجير كما في الإجارة المحضة ومتى جازت هذه المعاملة كان النخيل مضمونه على العامل؛ لأن الرهن لم يبطل بالمعاملة كما لا يبطل بالإجارة لأنها ترد على منافع العامل لا على المرهون فبقي مضمونًا على حاله، فلو جازت المعاملة كانت النخيل مضمونة على العامل وهذا لا يجوز.

وكذلك لو كان الرهن أرضًا مزروعة صار الزرع بعلاقتها لما بينا.

ولو كان الرهن أرضًا بيضاء فمزارعة الراهن والبذر من المرتهن جائزة والخارج على الشرط وقد خرج من الرهن لا يعود إليه إلا بتحديده؛ لأن الراهن أجر الرهن من المرتهن ببعض الخارج وإجازة المرهون من المرتهن يبطل الرهن لأنها وردت على الرهن وأنها فوق الرهن؛ لأنها لازمة مقيدة لملك المنفعة والبذر والجنس فلم يجز اجتماعهما فأبطلت الإجارة الرهن.

ولو كان البذر من الراهن فللمرتهن أن يعيرها رهنا بعد الزرع؛ لأن المرتهن أعاد الرهن من الراهن؛ لأنه طلب من المرتهن أن يجعل الأرض مشغولة ببذره فصار مستعيرا الأرض منه ليستعمله ببذره وزرعه ثم صار مستأجر المرتهن ليعمل فيها ببعض الخارج، فالإجارة وقعت على منافع العامل لا على الأرض والرهن لا يبطل بالإعادة لأنها دون الرهن لأنها غير لازمة فلا يبطل عقدًا لازما بل يزول ضمان الرهن ما دام في يد المستعير حتى لو هلك الرهن في مدة الإعارة يهلك أمانة وإذا زال المزارعة فللمرتهن أن يعيدها إلى حكم الرهن؛ لأن الإعارة غير لازمة.

ولو ارتهن أرضًا بيضاء وفيها نخيل فأمره أن يزرع سنته هذه ببذره وعمله بالنصف ويقوم على النخيل ويسقيه ويلقحه ويحفظه بالنصف فالمزارعة جائزة والمعاملة فاسدة؛ لأنه لو أفرد المزارعة على الأرض جازت ويخرج عن الرهن.

ولو أفرد المعاملة على النخيل لا يجوز فكذا إذا جمع بينهم جاز ما يجوز حالة الانفراد ويبطل ما يبطل عند الانفراد وفساد المعاملة لا توجب فساد المزارعة؛ لأن المعاملة معطوفة على المزارعة غير مشروطة فيها.

(فصل)

لو شرط الكفالة في الزراعة بالمزارعة والمعاملة والبذر من العامل فسدتا وإن لم تكن الكفالة مشروطة فيها بطلت الكفالة وصحت المزارعة؛ لأن البذر متى كان من العامل فالعمل غير مضمون عليه إن شاء عمل وإن شاء ترك والكفالة بعمل غير مضمون فاسدة فمتى شرطا في المزارعة فقد شرطا شرطًا فاسدًا؛ لأنه لا يقتضيه العقد فيفسد كما في البيع والإجارة، ومتى لم يكن مشروطًا فيها فقد خلى العقد عن المفسد فصح، وإن كان البذر من جهة رب الأرض فلا يخلو إما أن شرط في المزارعة عمل المزارع بنفسه أو لم يشترط، فإن لم يشترط تصح الكفالة والمزارعة جميعًا كانت مشروطة في العقد أو بعده؛ لأنه كفل بمضمون أمكنه استيفاؤه من الكفيل؛ لأن العمل مضمون على المزارع يجبر على إيفائه وقد لزمه هذا العمل بحكم المزارعة وأمكن استيفاؤه من الكفيل؛ لأنه متى لم يشترط في المزارعة عمل المزارع بنفسه كان له أن يقيم غيره مقام نفسه في العمل، كمن استأجر خياطًا ليخيط له يوما كان له أن يولي غيره متى لم يشترط خياطته بعينه، فإن أخذ المكفول له الكفيل بالعمل وعمل ذلك الكفيل فللكفيل على المزارع أجر مثله؛ لأنه أدى ما كفل به بأمر المكفول عنه فيرجع بمثل ما أدى إن كان مثليا وإلا فيرجع بقيمته كما لو كفل بثوب هروي وجب على الأصل فأداه الكفيل رجع بقيمته على المكفول عنه والمؤدي هنا العمل، وأنه لا مثل له من جنسه فيرجع بقيمته وذلك أجر المثل.

وأمّا إذا شرط في المزارعة عمل المزارعة بنفسه، فإن كانت الكفالة مشروطة في

العقد فسدتا، وإن لم تكن صحت المزارعة وبطلت الكفالة؛ لأنه كفل بما لا يمكن استيفاؤه من الكفيل؛ لأن عمل المزارع لا يمكن استيفاؤه من غيره فكانت هذه كفالة باطلة كما في الإجارة.

(باب النكاح والصلح والمكاتبة في المزارعة والمعاملة)

مسائله على أربعة أوجه:

أحدها: إذا كانت الأرض من قبل الزوج، والبذر والعمل من قبل المرأة بأن تزوج امرأة على أن تزرعها المرأة ببذرها وعملها فما خرج فهو بينهما نصفان، فالنكاح جائز والمزارعة فاسدة؛ لأنه شرط عقد في عقد فأحدهما يبطل بالشرط الفاسد وهو المزارعة والآخر لا يفسد وهو النكاح، وليس أحدهما بيع للآخر؛ لأنه يلفظ بهما فهما عقدان مقصودان شرط أحدهما في الآخر ففسدت المزارعة، كما لو قال لآخر زوجتك أمتي هذه بعشرة على أن تبتع مني هذا العبد بخمسمائة جاز النكاح وفسد البيع؛ ولأن المرأة استأجرت الأرض ببعض الخارج وببضعها فصار كما استأجرت الأرض ببعض الخارج وبالدراهم لا يجوز فكذا هذا فصداقها مثل نصف أجر الأرض عند أبي يوسف.

وعند محمد: لها الأقل من مهر مثلها ومن أجر مثل الأرض؛ لأن الزوج جعل منفعة الأرض عوضًا عن شيئين متقومين أحدهما معلوم وهو البضع والآخر مجهول القدر والقيمة وهو نصف الخارج فوجب وهو أن الإيراد على أجر الأرض لأنها رضيت بمنفعة الأرض عوض عن بضعها وعن شيء آخر فصار ما لو تزوجها على ألف وعلى أن تهدي المرأة له هدية وجب مهر المثل لا ينقص من الألف ولا يزاد عليها فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن الزوج جعل منفعة الأرض بإزاء معلوم وهو البضع، وبإزاء مجهول وهو نصف الخارج إلا أنه يبين حصة المعلوم من المجهول؛ لأنه شرط لها نصف الخارج والخارج قائم مقام منفعة الأرض فكان شارطا لها نصف منفعة الأرض بإزاء بضعها ونصفها بإزاء الخارج، فإذا فسدت المزارعة كان لها نصف أجر

الأرض بخلاف تلك المسألة، لأنها لم تبين حصة المعلوم من المجهول نصًا وتعذر قسمة الألف عليها باعتبار القيمة؛ لأن قيمة الهدية مجهولة فبقي حصة البيع مجهولًا، فإن طلقها قبل الدخول كان لها ربع أجر الأرض عند أبي يوسف؛ لأن قبل الطلاق وجب لها نصف أجر الأرض فينصف بالطلاق قبل الدخول، وعند محمد لها المتعة؛ لأنه كان لها مهر المثل قبل الطلاق فبعده يجب المتعة، فإن زرعت المرأة الأرض فأخرجت أو لم تخرج ولم يطلقها فالخارج للمرأة عند أبي يوسف وعليها نصف أجر مثل الأرض ولا صداق لها على الزوج؛ لأن منفعة نصف الأرض صداقها وبالزراعة قد استوفت صداقها فالزوج أخر نصف الأرض منها بجميع الخارج وقد فسدت المزارعة فوجب عليها نصف أجر الأرض، وعند محمد عليها أجر مثل الأرض، ولها على الزوج الأقل من مهر المثل ومن أجر الأرض، فإذا كان مهر مثلها مثل أجر الأرض أو أكثر فقد استوفت ما وجب لها عليه فصار قصاصا، وإن كان مهر مثلها أقل يردّ عليه فضل ما بينهما إلى تمام أجر الأرض لأنها استوفت أكثر من حقها فترد الزيادة.

والوجه الثاني: إذا كان من قبلها الأرض والبذر ومن قبل الزوج العمل بأن تزوجها على أن يزرع هو أرضها ببذرها على أن الخارج نصفان فمهر نصف أجر عمله عند أبي يوسف.

وعند محمد: لها الأقل من أجر المثل ومهر المثل، والأصل عند أبي يوسف إذا جعل نصف الخارج مهرا لها فلها مهر مثلها؛ لأن نصف الخارج مجهول المقدار والمسمى متى كان مجهول المقدار يجب مهر المثل؛ لأنه يصح رضاها بالمجهول ففسدت التسمية، وإذا جعل أجره نفسه أو أرضه مهرا لها وبدلا بحصته من الخارج وجب نصف أجر المثل مهرا لها؛ لأنه جعل نصف منفعة الأرض أو منفعة نفسه بإزاء البضع وأنه معدوم، وعند محمد الأقل من جميع أجر المثل ومن مهر المثل.

والوجه الثالث: إذا كانت الأرض والبذر من قبل الزوج والعمل من قبلها فلها مهر المثل بالإجماع؛ لأن الزوج جعل نصف الخارج مهرًا لها وأنه مجهول فيجب مهر المثل.

والوجه الرابع: إذا كانت الأرض من قبلها والبذر والعمل من قبل الزوج بأن تزوجها إلى أن يزرع أرضها ببذره وعمله والخارج نصفان فالمزارعة فاسدة وللمرأة مهر مثلها بالغًا ما بلغ لما بيناه والمرأة في الخلع بمنزلة الرجل في النكاح فما كان في النكاح مهرها فهو عليها للزوج في الخلع.

وعند محمد عليه الإقرار من المهر الذي تزوجها عليه ومن أجر المثل فإن بدلت المرأة منفعة أرضها أو منفعة نفسها فعند أبي يوسف للزوج عليها نصف أجر المثل، وعند محمد الأقل من المهر المسمى ومن أجر مثل الأرض، وإن بدلت نصف الخارج يقع الخلع بالمهر المسمى بالإجماع، وكذلك الحكم في الصلح عن دم العمد؛ لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد كالنكاح والدية بمنزلة مهر المثل هناك وكل جناية لا قصاص فيها فالمزارعة فاسدة وأرش الجناية واجب؛ لأن هذا صلح عن مال مشروط في المزارعة ومزارعه مشروطة في المصالحة وكلاهما يفسدان بالشروط الفاسدة وأما إذا أعتق عبده على أن يزرع أرض المولى ببذر العبد وعمله أو ببذر المولى والخارج نصفان فالمزارعة فاسدة ويجب على العبد قيمة نفسه بالغة ما بلغت قيل إذ كان البذر من قبل المولى فهو قول أبي يوسف.

وفي قول محمد: على العبد قيمة نفسه لا يجاوز أجر مثل عمله؛ لأن عند أبي يوسف ضمان العتق يجري مجرى ضمان البيع عند الاستحقاق ولما يأتي ولم يسلم للمولى المشروط بإزاء العتق فوجب على العبد قيمة رقبته، وعند محمد ضمان العتق يجري مجرى ضمان المهر في النكاح؛ لأن التسمية لم تصح في الموضعين.

ولو تزوج امرأة على حصتها من ألف يقسم عليها وعلى امرأة أخرى يجب لها مهر المثل لا يجاوز الألف بالإجماع فكذا هذا.

والصحيح: أن هذا قولهما، فإنه لم يذكر محمد وفي الأصل خلافًا فهما فرقا بين العتق والنكاح والخلع، فأبو يوسف أوجب في النكاح نصف أجر المثل دون قيمة البضع وهذا أوجب قيمة العبد والفرق له أن التسمية قد صحت في الموضعين وقد استحق المولى المسمى بعد صحته بحكم فساد المزارعة لما صار جميع الخارج له إلا أن المسمى في النكاح متى استحق بعد صحّته يجب الرجوع بقيمة

المسمى لا بقيمة البضع كما لو تزوجها على عبد فاستحق والمسمى في العتق متى استحق بعد صحته يجب الرجوع بقيمة العبد لا بقيمة المسمى عند أبي يوسف كما لو أعتق عبدًا على جارية فاستحقت الجارية فالمولى يرجع بقيمة العبد عنده ومحمد فرق أيضًا، فإنه أوجب فيما تقدم الأقل من قيمة العبد، ومن أجر مثل عمله وهنا أوجب قيمة العبد بالغة والفرق أن ثمة المعقود عليه منفعة البضع والدم وأنه لا يتقوم إلا بالشرط فالشرط قد وجد بقدر منفعة الأرض أو بقدر منفعة العامل فيتقوم بذلك القدر ولم يتقوم فيما زاد عليه فلا يمكنه الرجوع بالزيادة لعدم تقومها ورقبة العبد متقوّم بغير شرط، فإذا لم يسلم للمولى ما شرط له من المسمى بحكم فساد المزارعة يرجع بقيمة العبد بالغة.

ولو كاتبه على نحو ذلك فالكتابة والمزارعة والمعاملة فاسدة؛ لأن الكتابة مشروطة في المزارعة والمزارعة في الكتابة فاسدة والكتابة تفسد بالشروط الفاسدة فإن عمل قبل ردّ الكتابة عتق. أخرجت الأرض شيئًا أو لم تخرج؛ لأنه أدّى ما تعلق به عتقه؛ لأن عتق المكاتب معلق بزراعة هذه الأرض وزراعة هذه الأرض سنة معدومة وقت العقد، فإذا أدى ما تعلق به عتقه عتق وعليه قيمة رقبته؛ لأنه سلمت له رقبته بعقد فاسد، فيجب رد الرقبة وقد تعذّر فيجب قيمتها كما لو كانت على رطل من خمر وأدى عتق وعليه قيمته للمولى وله أجر مثله، فإن كانت القيمة أكبر من أجر المثل ضمن الفضل، وإن كان أجر مثله أكبر فليس للمكاتب الفضل؛ لأنه لو رجع بالفضل لرجع فيما تعلق به عتقه؛ لأن عتق المكاتب تعلق بجميع ما عليه من الأرض، وليس للمكاتب أن يرجع على المولى فيما تعلق به عتقه؛ لأنه التزمه باختياره كما لو كاتبه على ألف كتابة فاسدة وقيمته خمسمائة فأدى الألف لا يرجع بالفضل على قيمته؛ لأن عتقه تعلق بأداء جميع الألف فكذا هذا، هذا إذا كان الأرض والبذر من المولى فأما إذا كان البذر من العبد لم يعتق، وإن عمل وأدى نصف الخارج؛ لأن هنا الكتابة وقعت على بدل مجهول المقدار؛ لأن العتق تعلق بإزاء نصف الخارج؛ لأن العبد جعل نصف الخارج بدل كتابته وأنه مجهول المقدار وقت الكتابة فوقعت الكتابة باطلة فلا يعتق بأداء مال كما لو كاتبه على ثوب مطلق،

فأدى ثوبًا لا يعتق بخلاف ما إذا كان البذر من رب الأرض؛ لأن بدل الكتابة معلوم وقت العقد؛ لأن عتقه تعلق بزراعة الأرض، فإنه معلوم وقت العقد، ولهذا لو كاتبه على أن يزرع أرض المولى سنة على أن يكون الخارج كله للمولى جازت الكتابة وما فسدت الكتابة هنا بجهالة البدل وإنما فسدت؛ لأن المزارعة مشروطة فيها.

(باب الزيادة والحط في المزارعة والمعاملة)

أصله: أنه إن كان المعقود عليه بحال يجوز ابتداء المزارعة عليه جازت الزيادة، وإن كان بحال لا يجوز إنشاء العقد عليه لا يجوز الزيادة؛ لأن الزيادة في البدل معتبرة في الأصل، والأصل يقتضي معقودًا عليه ليكون بإزائه فكذلك الزيادة تقضي معقودًا عليه ليجعل بإزائه والحط جائز في الحالين؛ لأنه إسقاط بعض البدل فيستدعي قيام المبدل لا قيام المعقود وهذا كالزيادة في الثمن تصح حال قيام المبيع فلا تصح حال هلاكه والحط جائز، وإذا زاد أحدهما في الخارج، فإن كان قبل استحصاد الزرع وتنامى عظم السر جاز؛ لأنه يجوز ابتداء عقد المزارعة على الخارج ما دام في حدّ النماء والزيادة فيجوز الزيادة فيه كما في البيع والإجارة، وإن كان بعده لا يجوز من صاحب البذر والنخل، ويجوز ممن لا بذر من جهته؛ لأن الزيادة من صاحب البذر وجدت في حال لا يجوز ابتداء المزارعة على الخارج فلا يمكن تصحيح زيادة في البدل لفوات المعقود عليه وهو المنافع، ولا يمكن تجويزه بطريق الحط؛ لأن صاحب البذر مستأجر والمستأجر مشترٍ والزيادة من المشتري لا يمكن تجويزه حطًّا؛ لأن الثمن عليه لا له فكذا هذا الخارج له فلا يمكن حطه، فأما من لا بذر من جهته مؤاجر والمؤاجر يتصور منه حط الأجرة فيجعل الزيادة منه في الخارج لصاحب البذر حطًّا منه عن بعض الأجر والحط جائز حال فوات المعقود عليه والزّرع، وإن كان عينًا وقت الحط وحط الأعيان لا يصح ولكنه لم يكن عينًا وقت العقد فصح الحط وصار المحطوط ملكًا لمن وقع الحطّ له كالبائع إذا قبض الثمن ثم أبرأ المشتري عن بعض الثمن صحّ، فإن كان عينًا وقت الحط؛ لأنه لم يكن عينًا وقت العقد فكذلك المزارعة.

(باب البيع والشفعة في المزارعة)

دفع أرضًا مزارعة بزرعها ببذره وعمله، والخارج نصفان فزرعها، فباع رب الأرض الأرض بزرعها أو لم يسم الزرع فالزرع بيع والبيع موقوف على إجازة المزارع؛ لأنه تعلق حق المزارع بالزرع والأرض، فإن للزارع أن يستبقي الزرع إلى وقت الحصاد والإدراك إذ هو لا يجيز على القلع لما فيه إبطال ملكه وحقه فكان له أن لا يسلم الأرض حتى يستحصد الزرع فيتوقف البيع على إجازته ويتخير المشتري إن شاء انتظر حتى يدرك الزرع، وإن شاء فسخ؛ لأن البائع عاجز عن تسليم المبيع ويتوهّم قدرته فيتوقف كما لو باع المستأجر أو المرهون.

وروي عن أبي يوسف: إن علم المشتري بالزراعة فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار لما مرّ في البيوع، فإن لم يجز واستحصد الزرع ومضت السنة وقد باعها مع الزرع فللمشتري أن يأخذ الأرض ونصف الزرع بحصّته من الثمن إذا قسم على قيمة الأرض وقيمة الزرع يوم البيع؛ لأن بعد استحصاد الزرع صار البائع قادرًا على التسليم فنفد البيع وسقط خيار المشتري كما لو عاد العبد من الإباق وفك الرهن وانقضت مدة الإجارة وقد استحق بعض المبيع فسقط عن المشتري بحصته من الثمن ويعتبر قيمة المستحق يوم البيع؛ لأنه صار مضمونا بالبيع، فإن لم ينقض أحدهما البيع وحضر شفيع أحدهما له ذلك؛ لأن الشفعة تجب بانقطاع حق البائع وقد انقطع حق البائع بهذا البيع، فإذا نفد في حقه، فإن قال البائع هات الثمن وخذ الشفعة، فإن سلم البائع الأرض إلى الشفيع أي مكنه من الأخذ فعليه إعطاء الثمن، فإن لم يسلم فللشفيع أن يمنعه الثمن ولا يبطل شفعته؛ لأنه قائم مقام المشتري ولا ثمن على المشتري ما لم يحضره البائع المبيع فكذا الشفيع وكذلك هذا في المعاملة والله أعلم.

كتاب الشرب

يحتاج إلى معرفة: مشروعية حق الشرب، وتفسيره لغة وشرعًا، وركنه، وشرط حله، وحكمه شريعة.

أما مشروعيته: فلقوله عليه السلام: "**إذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لأهل الأعلَى أن يحبسوه عن أهل الأسفل**" اشتغل ببيان حكم الشرب فبدل ذلك على أنه مشروع.

وأمّا تفسيره لغة: فهو في اللغة عبارة عن نصيب من الماء قال الله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴿٢٨﴾﴾ [القمر: ٢٨] أراد بالشرب النصيب من الماء في قوله تعالى: ﴿هَٰذِهِ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ١٥٥].

إلا أن في الشرع: إذا أطلق الشرب يراد به النصيب من الماء للأراضي لا لغيرها.

وأما ركنه: فالماء؛ لأن الشرب يقوم به.

وأمّا شرط حله: أن يكون ذا حظ من الشرب.

وأما حكمه: فالإرواء؛ لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله وإنما يشرب الإرب ليروي.

(باب معرفة حكم المياه والأنهار والكلأ)

المياه أنواع أربعة: ماء البحار، وماء الأودية العظام، وماء العين والبئر والنهر في ملك رجل، والماء المحرز في الأواني والجباب.

أما ماء البحار: فهو مشترك بين الناس شركة عامة في حق الشفة وسقي الأراضي حتى إن من أراد أن يكري منه نهرًا إلى أرضه ليس لأحد أن يمنعه وانتفاع الناس

بماء البحار كانتفاعهم بالشمس والقمر وأصله قوله عليه السلام: "**الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلإ والنار**".

وأمّا ماء الأودية العظام: كالفرات والدجلة والجيحون وغيرها فلكل واحد فيه حق الشفة وسقي الأرض إلا أنه إذا أخبى رجل أرض موات وأراد أن يكري منه نهرًا فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر بالنهر، وإن كان فيه ضرر فليس له ذلك، وكذلك لو نصب الرط والدالية عليه؛ لأن الشركة في هذه الأودية عامة؛ لأنها لم تدخل في المقاسمة، والشركة في الشيء متى كانت عامّة، فإذا أراد أن يحدث فيه ما يضر بالعامة يمنع عنه كما في الطريق.

فأمّا ماء العين والبئر والنهر في ملك رجل: فلعامّة الناس فيه حق السقية وسقي الدواب ولا يمنعهم صاحب الأرض، وإن كان يأتي ذلك على الماء كله وهذا معنى قوله عليه السلام: "**الناس شركاء في ثلاث**" الحديث؛ ولأن الماء مباح على ما خلقه الله تعالى ما لم يحرزه أحد والبئر والعين والنهر ما وضع للإحراز فلا يصير الماء به محرزا، وإن كان في ملكه كالصيد إذا وقع في دار إنسان الا يصير ملكًا له؛ لأن الدار لم توضع لأخذ الصيد، وإذا لم يصر محرزا فبقيت الشركة في الشفة وهل لصاحب الملك أن يمنعه من الدخول في ملكه للشفة. ذكر الطحاوي أنه ينظر إن كان المريد للشفة يجد ماءً في أرض مباح يقرب من هذه الأرض فلصاحب الملك منعه الدخول في ملكه، وإن لم يجد يقال لصاحب الملك: إمّا أن يعطيه الماء لشفته والا فاتركه حتى يأخذه بنفسه كشرط أن لا يكسر حافتي النهر كما في الكلإ لما يأتي قالوا هذا إذا كان النهر والبئر في أرض مملوكة، فأما إذا حفر في أرض موات لم يكن لصاحب النهر والبئر أن يمنع المريد للشفة من الدخول إذا كان لا يكسر مسناة النهر؛ لأن أرض الموات كانت مشتركة بين الناس كافة فإذا أخبأها لتحصيل ما هو مشترك بأن حفر بئرا أو نهرا لم تنقطع الشركة في حق الدخول لأجل الشفة؛ لأن الأخذ كان لتحصيل ما هو مشترك لا بما يختص به المختبئ، وقد يجوز أن يكون رقبة الشيء لإنسان ولآخر فيه حق إلا أن يكسر مسناة النهر أو يخرب شيئًا منه لورود الإبل. يقال له خذ الإبل بالقرب واسق دوابك؛ لأن له حق الدخول دون

التخريب والشفة الشرب لبني آدم وللدواب؛ لأن الدواب وإن يشربون بالشفة كبني آدم وهم يحتاجون إلى الشرب، وللناس أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب وقيل ليس لهم ذلك.

والصحيح قولنا؛ لأن الحاجة ماسَّة إلى أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب لأنا متى أمرناهم بالوضوء وغسل الثياب في النهر خرجوا من ذلك وضاق الأمر عليهم، وله أن يمنعهم لسقي الأرض والزرع والشجر؛ لأن الماء متى دخل في المقاسمة انقطعت الشركة للشرب؛ لأنه متى لم تنقطع الشركة وأطلق الشرب لكل أحد يشاركه فيه كل من يمكنه سقي أرضه وشجره فلا يبقى لصاحبها شرب فيبطل حقه أصلًا، فأما إذا أراد أن يعترف بالحرة ويسقي أرضه وشجره ينظر إن كان يأخذ من ماء دخل في المقاسمة كماء الأنهار الصغار لا يكون له ذلك؛ لأنه بالقسمة انقطعت الشركة في الشرب وإنما بقيت الشركة في الشفة لا غير وهذا يأخذ الماء للشرب لا للشفة، وإن أخذ من ماء لم يدخل في المقاسمة كماء البئر والعين فله ذلك إلا أن يصير لصاحبه بأن يأخذها متتابعًا فلصاحبه أن يمنعه منه؛ لأن ما لم يدخل تحت المقاسمة بقيت على الشركة كما إذا سقى من ماء الأودية العظام.

وحكي أن أبا حنيفة رحمه الله ورد عليه مسائل من خراسان، فدفع أبو حنيفة هذه الفتاوى إلى زفر ليكتب جوابها:

أحدها: رجل له ماء يجري إلى مزارعه فنحى رجل فيسقي إبله ودوابّه منه حتى ينفذه كله هل لصاحب النهر أن يمنعه من ذلك؟

فكتب زفر جوابه: أنه ليس لصاحب الإبل أن يسقي دوابه على وجه لا يبقى منه شيء لصاحب النهر، ثم عرضه على أبي حنيفة فغلطه أبو حنيفة في جوابها وقال لصاحب الإبل ذلك؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلإ والنار**".

وأما الماء المحرز في الأواني: فهو مملوك للمحرز ليس لأحد فيه حق؛ لأنه بالإحراز صار ملكًا له وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد والحشيش ويباح للمضطر أخذه قهرًا ولا يقاتله بالسلاح بل يقاتله بما دون السلاح؛ لأنه لم يمنع حقه

عنه؛ لأن الشركة انقطعت بالإحراز وصار ملكًا له، ومن منع ملك نفسه عن المضطر كان للمضطر أن يقاتله بما دون السلاح؛ كما لو منع الطعام المملوك عن المضطر، فأما في البئر والنهر إذا منع غيره من الشفة، فإنه يقاتله على ذلك بالسلاح؛ لأنه منع حقًّا مستحقًّا لغيره فلصاحبه أن يقابل المانع بالسلاح ليصل إلى حقه كما لو منع عنه طعاما مشتركا بينه وبين المانع كان له أن يقاتل المانع بالسلاح.

وأما الشركة في النار فهو ما إذا أوقدنا نارا في مفازة فالجمرة ملك صاحب النار ولا يمنع أحد من الاستضاء بضوئها والاصطلاء بها والإسراج منها لأنا لو: أطلقنا للناس أخذ شيء من الجمرة لم يبق له نار يصطلي بها ويجبر بها وهذا لا وجه له.

وإن أوقد النار في ملكه فله أن يمنع غيره من الدخول في ملكه لا من النار كما في الكلأ.

وأمّا الكلأ فعلى أوجه:

أحدها: أن تكون في أرض متاحة فالناس فيه شركاء في الاحتشاش والرعي كالشركة في ماء البحار.

والثاني: أن يكون في أرض مملوكة له نبت بنفسه من غير إنبات لا يمنعه صاحب الأرض قبل الإحراز، وهل له أن يمنعه من الدخول في أرضه لأجل الكلأ قال مشايخنا ينظر إذا كان المريد للكلإ يجد الكلأ في أرض مباحة قريبة من تلك الأرض فلصاحب الأرض أن يمنعه من الدخول، وإن لم يجد يقال لصاحب الأرض إما أن تعطيه الكلأ أو ائذن له بالدخول ليدخل فيأخذ حقه، وكذلك إن كان حوض ماء في كرم إنسان فأراد غيره الدخول فيه ليأخذ الماء، فهذا كمن وهب لأجنبي شيئًا فأراد الواهب أن يرجع في الهبة قبل أن يعوضه، والموهوب له أن يمنعه من أخذ ملكه، والواهب يطلب حقه يقال للموهوب له: إما أن تعوض الهبة لينقطع حق رجوعه وإمّا أن ترد الهبة إليه وكذا هذا.

والثالث: إذا أنبت الكلأ في أرضه، فإنه يكون مملوكا له؛ لأنه كان الحق فيه لغيره، فإذا أنبته صار للمنبت وانقطع حق الأوّل عنه، فإذا كان فيه حق وشركة وقد

أنبته؛ لأن ينقطع حق غيره عن ذلك أولى، ثم تفسير الكلإ كل ما ينجم على وجه الأرض أي ينبسط وينتشر ولا يكون له ساق فهو كلأ وما كان له ساق فهو شجر ﴿وَٱلنَّجْمُ وَٱلشَّجَرُ يَسْجُدَانِ ۝٦﴾ [الرحمن: ٦] قالوا: الشجر ما قام بساق، والنجم ما انبسط وانتشر على وجه الأرض كالإذخر وغيره، فعلى هذا قالوا: الشوك الأحمر والشوك الأبيض يقال له الغرقد من الشجر لا من الكلإ حتى لو نبت في أرض إنسان فأخذه غيره كان لصاحب الأرض أن يستردّه منه.

وأمّا الشوك الأخضر الملين الذي يأكله الإبل عن محمد في النوادر روايتان: في رواية جعله من الكلإ، وفي رواية جعله من الشجر وليس فيه اختلاف الرواية، بل أراد بما قال إنه بمنزلة الكلإ ما يبسط منه على وجه الأرض ولا يكون له ساق، وأراد بما قال إنه من الشجر ما كان له ساق، فحاصله أن ما يقوم على ساق إذا نبت في أرض إنسان فهو ملكه ولا يكون مشتركا بين الناس؛ لأن النبي عليه السلام أثبت الشركة في الكلأ لا في الشجر.

(باب مقاسمة الماء)

نهر بين قوم عليه أرضون إن علم كان الشرب بينهم، فإنه يقسم على ما كان بينهم[1]، وإن لم يعلم كيف كان بينهم.

واختلفوا في الشرب فالشرب؛ يقسم بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن استحقاق الشرب لحاجة الناس إليه وحاجة الأرض الكبيرة أكبر من حاجة الأرض القليلة فيقسم على قدر الحاجة بخلاف الطريق إذا كان بين جماعة لا يعرف كيف أصله يقسم بينهم على عدد الرؤوس لا على قدر أملاكهم؛ لأن الاستحقاق للطريق بحاجتهم إلى المرور والتطرق، وحاجة صاحب القليل في المرور مثل حاجة الكبير ولما استويا في الحاجة استويا في الاستحقاق، فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر على الأسفل لقلة الماء وارتفاع أراضيهم فليس له ذلك ولكن

---

(١) في الأصل كما إذا علم مقدار حقهم في الطريق يقسم على ما كان بينهم.

يشرب بحصته؛ لأن السكر إحداث تضرر في محل مشترك فلا يجوز إلا برضاء شركائه، ولأن أهل الأعلى وإن تضرر بترك السكر حاله فله الماء؛ لأنه ينتفع بالشرب أهل الأسفل دون أهل الأعلى تضرر أيضًا أهل الأسفل بالسكر حال كثرة الماء وقبضه، لأن أهل الأعلى إذا سقوا أراضيهم يرسلون فضل الماء على الأسفل فيبر أراضيهم فيفوت عليهم منفعة أراضيهم فاستويا في الضرر فلم يكن لأهل الأعلى إحداث السكر في مكان مشترك بغير إذن شركائهم.

وذكر محمد في النوادر: لو طلب أهل الأعلى حقهم وأهل الأسفل يمنعهم من إحداث السكر فالقاضي يجعل الماء بينهم بالنوب بالأيام، فإن قسمة الماء بالأيام مشروعة ويطلق لأهل الأعلى السكن في نوبتهم بوضع اللوح يحبسون به الماء ولا يسكرون بالطين؛ لأن حاجتهم ترتفع بوضع اللوح وحال كثرة الماء يأمر أهل الأعلى بسكر فوهة النهر حتى يندفع زيادة ضرر فصل الماء عن أهل الأسفل فتنقطع المنازعة فيما بينهم على هذا الوجه كما قالوا في كلئه تنبت في الأرض مملوكة لإنسان فشارع المريد لذلك الكلأ مع صاحب الأرض يقال لصاحب الأرض: إما إن تدفعه بنفسك أو ائذن له بالدخول.

ورُوي عن عمر أن أمر بمثل هذا في السواد، فإن اصطلحوا على أن يسكر على شرب كل واحد منهم في يومه أجزأه؛ لأنهم تراضوا على قسمة الماء وذلك جائز لقوله تعالى: ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ١٥٥]، فإن أراد أحدهم أن يكري منه نهرًا أو ينصب عليه رحا لم يكن له ذلك إلا برضاهم لأنه ينصرف في ملك مشترك بينهم فلا يجوز إلا برضاء شركائه، فإن كان ينصب الرحا في أرضه ولا ضرر بالنهر والماء جاز. وصورته إذا كان حافتي النهر ويظنه ملكًا له ولغيره حق إجراء الماء؛ لأنه تصرف في خالص ملكه فلا يمنع عنه إلا إذا أضر بإجراء الماء، وكذلك الدالية والسانية ينصبها في أرضه، ولا ضرر من ذلك على الماء والنهر يجوز وليس لأهل الأعلى أن يحبس الماء عن أهل الأسفل إذا كان الماء في النهر بحيث ينتفع به أهل الأعلى وأهل الأسفل لقوله عليه السلام: "**إذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لأهل الأعلى أن يحبسوه عن أهل الأسفل**" أراد بذكر

الكعبين كثرة الماء لا حقيقة الكعبين ويجوز أن يذكر المقدر ويراد به الكثرة كما قال عليه السلام: **"من بنى مسجدًا ولو بمثل مفحص قطاة بنى الله تعالى له بيتًا في الجنة"** أراد به من بنى مسجدا يمكن الصلاة فيه؛ لأن ما لا يمكن الصلاة فيه لا يكون مسجدا، وإن كان الماء بحيث لو تركه أهل الأعلى لا يصل إلى أهل الأسفل لقلته، وأهل الأعلى أولى به لأنهم متى لم يحبسوا ولم يصل إلى أهل الأسفل ضاع الماء من غير فائدة وتضييع الماء من غير فائدة لا يجوز.

ثم اختلف مشايخنا؛ قال بعضهم: المراد به الماء المشترك بينهم في القديم، فأما ماء السيل فلأهل الأعلى أن يحبسوه عن أهل الأسفل بكل حال؛ لأنه لا حق لهم في ماء السيل بل هو مباح فيكون لمن سبقت يده إليه كالصيد والحش، وقال بعضهم: ماء السيل والماء المشترك سواء متى دخل في النهر المشترك؛ لأنه متى دخل في النهر المشترك صار مشتركا بين أهل النهر، وإنما يكون ماء السيل لمن سبقت يده إليه إذا لم يقع في النهر المشترك ولكن انحدر من الجبل وانتشر على وجه الأرض فيكون لمن سبقت يده إليه. نهر بين قوم اقتسموا لكل رجل شربًا مسمى وبعضهم غائب، ينظر إن وقعت القسمة جورًا بأن يقضوا شيئًا من حق الغائب فللغائب نقض القسمة، وإن كانت القسمة عدلا فله النقض قياسًا على قسمة الدور والأرضين إذا كان أحد الشركاء غائبا وليس له النقض استحسانًا؛ لأن نقض هذه القسمة لا يفيد؛ لأنه لو نقض الغائب هذه القسمة احتجنا إلى إعادة مثلها؛ لأن ما يقع بالقسمة الثانية والأولى سواء لا يتفاوت ونقض الشيء ليعاد مثله ثانيا لا يفيد بخلاف القسمة الأولى في الأرضين؛ لأن نقض القسمة الأولى يفيد؛ لأنه ربما يقع في نصيبه في القسمة الثانية أجود مما وقع له في القسمة الأولى.

ولو استأجر أهل النهر من يقسم بينهم الشرب كل شهر بشيء معلوم ويقوم على نهرهم جاز لأنهم استأجروه بعمل معلوم بأجرة معلومة فيجوز كما استأجروه لقسمة مال مشترك بينهم.

ولو قال له رجل: اسقني يوما من نهرك لأسقيك يوما من نهري لا يجوز ولا غرم لما أخذ من شربه؛ لأنه يعذر تجويزه تبعًا؛ لأن بيع الشرب لغير الشرب لا

يجوز فبالشرب أولى ويعذر تجويزه مهايأة وقسمة؛ لأن المهايأة والقسمة في المشاع لا في المفروز ولا يمكنه جعله إقراضا؛ لأن الشرب غير مضمون ولا يضمن ما أخذ؛ لأن الماء متاح بأصل الخلقة والماء بدخوله في النهر لا يصير ملكًا له فقد أتلف ما ليس بملك له ولأنه كان يملك استهلاك الماء بالشفة، ومن ملك استهلاك شيء بجهة إذا استهلكه لجهة أخرى لا يضمن كالمقضي عليه بالرجم إذا قتله إنسان بالسيف.

(باب أحكام الأنهار)

الأنهار ثلاثة:

نهر عام غير مملوك لأحد كالفرات والجيحون.

ونهر عام مملوك للعامة كنهر مرو وبلخ.

ونهر خاص مملوك لجماعة مخصوصة.

أمّا النهر العام الذي هو غير مملوك لأحد: فلكل أحد أن يكري منه نهرًا إلى أرضه إن لم يضر بالنهر الأعظم، وإن أضر به لم يكن له ذلك؛ لأن دفع الضرر عن العامة أولى من رفع الضرر عن الواحد، وكذلك لو أراد الأمير أن يجعل شربا لرجل من النهر الأعظم أو يريد كوة إن كان يضر بالعامة لا يجوز، وإن لم يضر بهم جاز؛ لأنه بمنزلة واحد من الرعية، فإنه لو أخذ الإمام بنفسه شربا من النهر الأعظم إن كان يضر بالعامة فليس له ذلك ورجل اتخذ في أرضه رحا ماء على النهر الأعظم مفتحها ومسيلها في أرضه لا يضر بأحد وأراد بعض جيرانه أن يمنعوه ليس لهم ذلك؛ لأن هذا تصرف في خالص ملكه ولم يضر بأحد وله حق سيل الماء من النهر الأعظم فلا يمنع عنه.

ولو بنى حائطًا من الحجارة في الفرات واتخذ عليه رحا لم يجز قضاء، ولكل واحد هدمه مسلمًا كان أو ذميًا أو امرأة أو مكاتبًا؛ لأنه بمنزلة رجل بنى في الطريق حائطًا.

وأمّا في الديانة، فإن كان يضر بمجرى السفن والماء قائم بالانتفاع به وإلا فلا.

وقال محمد بن سلمة البلخي بأنه لا يقضي عليه بالهدم إذا لم يضر بهم؛ لأن المخاصم متعنت في الخصومة؛ لأن الباقي من الفرات كالطريق يكفي لحرمان الماء وللنظر فلا يلتفت إلى خصومته. وجه المذكور في الكتاب أن المخاصم غير متعنت في الخصومة؛ لأنه إن كان ذلك لا يضر بالمسلمين للحال ربما يضر بهم في تأتي الحال؛ لأنه يجوز أن يكثر الماء في النهر ويكثر الزحمة في الطريق فلا يجد الناس سبيلا إلى التطرق في ذلك المكان ويحتاج الناس إليه لمرور الماء عند السيح والقبض فوجب استماع خصومته والقضاء بهدمه والعبد لا خصومة له فيه؛ لأنه لا حق له في التطرق والأنهار وكذلك الصبي والمعتوه إلا أن يخاصم عنه أبوه أو وصيه، لأنهما لا يملكان الخصومة في الحقوق الخاصّة فكذا في الحقوق العامة.

قال مشايخنا: راكب استقبله راجل في الطريق والطريق لا يسع لهما يقف الراكب حتى يجاوز الراجل؛ لأن الراكب يشغل الطريق بنفسه، ودابته والراجل يشغل الطريق بنفسه وكان في مروره شغل الطريق أقل وكان هو بالمرور أولى.

فأما النهر العام المملوك للعامة: مرو وبلخ فليس لأحد أن يكري منه نهرًا إلى أرضه، وإن لم يضر بهم؛ لأنه لا بد من أن يكسر حافتي النهر وأنه مملوك للعامة فلا يملكه إلا بإذن المالك، وإن لم يضر بهم.

وسئل أبو يوسف عن نهر مرو والذي ماؤه بالحصص ولكل قوم كوى معروفة فكرى رجل نهرا منه فوق نهر في موضع لا يملكه أحد يسوق الماء إلى أرضه اتخذه فكانت مواتا قال إن كان يضر بأهل مرو ليس له ذلك وإلا فله ذلك.

وكذلك على هذا إذا أراد أن يزيد في كري له في النهر الأعظم؛ لأن الماء لم يدخل في المقاسمة بعد والموضع الذي يكري ليس بمملوك لأحد فكان بمنزلة النهر العام إذا لم يكن مملوكا لأحد وكما في الطريق العام إذا أحدث فيه شيئًا يضر بالعامة يمنع عنه وإلا فلا.

وأمّا النهر المملوك لجماعة مخصوصة: لم يكن لغيرهم أن يكري منه نهرًا إلا برضى أصحابه، وإن لم يضر بهم لما بينا. نهر خاص يأخذ من النهر الأعظم ولكل رجل فيه كوى معروفة ليس له أن يزيده كوة، وإن كان لا يضر بأهل النهر؛ لأن النهر

مشترك بينهم شركة خاصة وليس لأحد الشركاء أن يحدث في الملك المشترك شيئًا إلا برضا الشركاء كطريق خاص لقوم ليس لأحد أن يفتح فيه بابا أو يخرج جناحا أو ميزانا، وإن لم يضر بهم إلا بإذنهم وكذلك ليس لأحد من أهل هذا النهر أن يتخذها ماء يكري لها نهرًا منه في أرضه بسيل فيه ماء النهر ثم يعيده إليه، فإنه لا يضر بأهل الشرب ولا يتخذ عليه قنطرة إلا برضاهم؛ لأنه من أعلاه إلى أسفله مشترك بينهم ليس لأحد أن يحدث فيه حدثًا ما بمنزلة طريق خاص بين قوم.

ولو أذن الوالي لرجل أن ينصب طاحونة على ماء قوم خاص في أرض لرجل ولا يضر بأهل النهر ولكنهم يكرهون ذلك أو يضرهم والوالي يرى فيه صلاحا للعامة قال لا ينبغي أن يصنع ذلك إلا برضا صاحب الأرض والنهر؛ لأن هذا اصطناع معروف بمال الغير وليس للإمام ذلك، وإن كان فيه صلاح للعامّة، فإن عوضهم من بيت المال وكان فيه صلاح العامة يجوز؛ لأنه يجوز قطع ملك خاص بعوض يعدله لطلب منفعة عامّة ولا يجوز، وإن كان فيه صلاح لقوم خاص؛ لأنه لا يجوز إلحاق ضرر بخاص لمنفعة خاصة فإما يجوز إلحاق ضرر خاص لمنفعة عامّة. نهر بين قوم يأخذ من النهر الأعظم فيه كوى مسناة ولكل واحد منهم نهر من هذا النهر الخاص له كوى وكان أحدهم في أسفل أرضه فأراد تحويل نهره فيجعله في أعلى أرضه أو كان قوة نهره في الأعلى فيجعلها في أسفل النهر ليس له ذلك؛ لأنه لا يمكنه ذلك إلا بكسر حافتي النهر، ونقصه فلا يجوز بغير رضا شركائه بخلاف طريق مشترك في سكة غير نافذة فلأحد من أهل الشركة أن يفتح فيه بابين أو ثلاثا؛ لأنه تصرف في خالص ملكه وهو الجدار ولم يضر بغيره، فإنه كان له حق المرور فيما وراء بابه.

ولو أراد صاحب كوة أن يكريها فيسفلها عن موضعها ليكون أكثر أخذًا من الماء أو أراد أن يرفع الكوى وكانت متسفلة ليكون أقل للماء له ذلك؛ لأن بالتسفيل لا يصير خذا أكثر من حقه في الماء؛ لأنه كان مقدار عمق نهره معلومًا وقت مقاسمة الماء فله أن يسفل نهره بذلك القدر ولا يمكن من الزيادة على ما كان له في القديم، وإن لم يكن مقدار عمق نهره معلومًا في القديم يسفل بمقدار ما يكري مثل هذا

النهر في العرف والعادة ويمنع عن الزيادة هكذا قاله الفقيه أبو جعفر رحمه الله، فأما رفع الكوة فلأنه كسر لبعض النهر وله أن يكسر النهر كله؛ لأن خالص ملكه وكأنه كسر بعضه وهذا إذا كان رأس نهره مرتفعا في القديم والماء سفله كان له أن يرفع مقدار ما يعيده إلى الحالة الأولى وليس له أن يرفع أكثر من ذلك لاحتمال أن يضر بأهل الأسفل، وإن أراد أن يقنطر نهره فله ذلك؛ لأنه تحصين ملكه؛ لأنه لو لم يستوثق رأس نهره ربما يعليه الماء فيضر به، وإن كان مقنطرا فأراد نقضها فله ذلك إن كان لا يزيد في أخذه للماء؛ لأنه ينقض ملكه ولا يضر بأخذه وليس له توسيع في النهر؛ لأنه ينقض حافة مشتركة؛ ولأنه يأخذ الماء أكثر من حقه.

نهر بين رجلين له خمس كوى من هذا النهر الأعظم وأرض أحدهما في أعلى هذا النهر وأرض الآخر في أسفله فأراد صاحب الأعلى سد بعض الكوى لكثرة الماء وأن أرضه تنزّ منه ليس له ذلك؛ لأن سد الكوة إحداث تصرف في كوة مشتركة بغير رضاء شريكه فلا يجوز وليس له أن يحتج بالضرر لكثرة الماء؛ لأن صاحبه يحتج عليه بالضرر لقلة الماء فيقابل الضرران فيترك ما كان على ما كان ولو قال له اجعل لي نصف النهر ولك نصفه لأسد في حصتي ما أريد لم يكن له ذلك؛ لأنه يطلب المهايأة فيما يمكن قسمته بالإجزاء فلا تجب المهايأة كدار تحتمل القسمة من حيث الإجزاء فطلب أحدهما الآخر المهايأة من صاحبه، فإنه لا يجبر على المهايأة فكذا هذا، ولو تراضيا على ذلك فلصاحب الأسفل أن ينقضه متى شاء؛ لأن المهايأة ليست بلازمة لأنها عارية؛ لأن تجويزها بطريق الإجازة متعذر؛ لأنها تكون مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها وهذ باطل فجوزنا بطريق الإعارة وصار كما لو تهايآ في الدار. نهر بين رجلين لهما فيه أربع كوى أضاف إليها رجل كوتين برضاهما ليكري منه نهرا إلى أرضه ثم بدا لأحدهما نقضه فله ذلك؛ لأن صاحبي النهر أعارا نهرهما من الدخيل ليسيل الماء فجاز الرجوع في العارية، وكذلك لو أذن له في الابتداء، وكذلك لأحدهما المنع في الابتداء؛ لأنه مشترك بينهما. نهر متشعب عن النهر الأعظم بين قوم لبعض منهم كوتان ولبعض ثلاث كوى فقال الأسفل للأعلى إنكم تأخذون أكثر من نصيبكم؛ لأن الماء أكثر في أول النهر، وإن أدوا المهايأة فيما يمكن قسمته

بالإجزاء ولأن ماء أهل الأعلى إن كان يزداد لكثرة الماء في أول النهر يقل بسبب ارتفاع أراضيهم، فإن الأراضي في أول النهر يكون أرفع وماء أهل الأسفل إن كان يقل بسبب قلة الماء يزداد بسبب سفل أراضيهم ونهرهم فيقابل الضرران فيترك ما كان على ما كان، وكذلك تنقض الكوى؛ لأنها مشتركة فلا يحدث شيئًا إلا برضاء شركائه. نهر وكروم لكل واحد أرض معلومة فأراد أحدهم أن يسوق شربه إلى أرض أخرى، أو يجعل شرب هذه لتلك لم يكن له ذلك؛ لأنه إن ساق الماء في مجرى القديم فهذا استعمل النهر المشترك فيما ليس له حق استعماله فيه، فإن ساق في مجرى آخر يحدثه من النهر القديم فقد أراد أن يكسر حافتي النهر، فإنه يجوز أن يكون مشترك وليس لأحد الشركاء أن يحدث شيئًا في مكان مشترك فلأنه يتضرر به أصحاب النهر إذا طالت المدة وتقادم العهد ووقعت المنازعة يقضى له بالشرب لتلك الأراضي من ذلك النهر إذا لم يعلم بحقيقة الحال وهذا بمنزلة طريق بين قوم ليس لأحدهم أن يفتح فيه طريقًا من دار أخرى، فأمّا إذا أراد أن يملأ أرضه ويسقي الأرض الأخرى إن لم يسد فوهة النهر وساق ذلك الماء إلى أرض أخرى فله ذلك؛ لأنه لم يضر أحدا أكثر من حقه وهذا بمنزلة طريق بين قوم ليس لأحدهم أن يفتح فيه طريقًا من دار أخرى إذا كان ساكنها اثنين؛ لأنه أخذ أكثر من حقه؛ لأن مرور اثنين أكثر من مرور واحد وإن كان ساكنهما واحدًا فله ذلك؛ لأن الماء واحد فلا يزداد المرور فلا يصير أخذها أكثر من حقه.

(النوادر): ساقية بين قوم لهم عليها أرضون لكل واحد منهم عشرة أجربة فكان في نصيب أحدهم فضل ماء عما تحتاج إليه أرضه، واحتاج أصحابه إلى تلك الفضلة، فإن شركاءه أولى بتلك الفضلة لأن لو استغنى عن جميع نصيبه من الماء كان شركاؤه يأخذونه وليس له أن يسوق الماء إلى أرض لماء جرى سوى تلك ولا ستة لو كان له سدس الماء من نهر بين قوم أو عشره أو أقل أو أكثر فأخذ نصيبه من ذلك في نهر له خاصة أن يسوقه إلى ما شاء من الأرضين؛ لأنه ليس لشرب الأرضين المعينة، ولو استغنى عنه ليس لشركائه عليه سبيل.

نهر بين أربعة أنفس: محمد وزيد وعلي وجعفر، لكل واحد منهم مفتح إلى أرضه في هذا النهر، ومفتح محمد يجاوره مفتح زيد ومفتح زيد يجاوره مفتح علي

ومفتح علي يجاوره مفتح جعفر فجفف جعفر أرضه صار ماؤه لعلي وإن جفف بين جعفر وعلي جميعًا فماؤهما لزيد، فإن جفف جعفر وعلي وزيد فجميع مياههم لمحمد، وإن جفف علي وحده وأرضه ولم يجفف غيره فماؤه لجعفر وحده ولا يرجع إلى زيد؛ لأنه جاوز الماء نهره ولم يكن في مأخذ الماء لعلي وجعفر حق لزيد، وإن جفف زيد أرضه وحده صار ماؤه لعلي وجعفر بقدر جريان أرضهما، ولو جفف محمد وحده أرضه لا يصير لزيد لكن إذا جفف أرضه صار ماؤه لعلي وجعفر، وكذلك لو قال زيد ماء أرضي لمحمد ليس إقراره بشيء لكن إذا جفف أرضه صار ماؤه لعلي وجعفر، ولو قال زيد: ماء أرضي لرجل آخر غير هؤلاء وصدقه علي وجعفر في ذلك لا يصير الماء لذلك الرجل؛ لأن محمدًا لم يصدقهم فيجوز أن يجففوا أراضيهم فيصير الماء كله لمحمد، فإن صدقهم محمد صار ماؤه لذلك الآخر. قطعتي أرض أحدهما على النهر والآخر أسفل من القطعة العليا وكل واحدة قدر عشرة أجربة، وللقطعة جميعًا حق الشرب من النهر ويجري ماء القطعة السفلى في القطعة العليا، فإن صاحب العليا يأخذ الشرب من النهر بعشرين جريبًا عشرة لأرضه وعشرة للأرض السفلى لصاحبها، فإن جفف صاحب العليا أرضه كان جميع هذا الشرب لصاحب السفلى.

(باب كري الأنهار وإصلاح مسنّاتها)

وكري الأنهار العظام وإصلاح مسنياتها كالفرات والجيحون على السلطان يكريها من بيت المال؛ لأن منفعة هذا لعامة المسلمين فيكون مؤنة كريها في مالهم وهو الخراج والجزية وما يجري مجراهما فإن لم يكن في بيت المال مال فالإمام يجبر الناس على كريها إذا احتيج إلى الكراء؛ لما روي أن عمر رضي الله عنه أجبر في مثل هذا فكلموه في ذلك فقال: لو تركتم لبعتم أولادكم؛ إلا أنه يخرج الكري من كان يطيق الكري منهم ويجعل مؤنتهم على الأغنياء المياسر الذين لا يطيقون الكري وكري الأنهار المملوكة للعامّة عليهم، ومن أبى منهم من الكري يجبر عليه؛ لأنه متى لم يجبر عليه يلحق الضرر بالعامة؛ لأنهم يحتاجون إلى كري نصيبه ليمكنهم السقي.

ولو أجبرنا الآبي على الكري تضرر هو بذلك بإنفاق ماله في كري نصيبه، وإلحاق الضرر بالواحد أولى من إلحاقه بالعامّة، فإن خافوا أن ينشقَّ فامتنع بعضهم من التحصين يجبر إن كان فيه ضرر للعامة بأن كان الماء يخرج إلى طريق المسلمين وأراضيهم وعليهم التحصين بالحصص؛ لأن إلحاق الضرر بالخاص بدفع الضرر عن العام جائز، وإن لم يكن فيه ضرر عام لم يجبر وأمر كل واحد أن يحصن نصيبه؛ لأنه لا يجوز إلحاق الضرر بالخاص لدفع الضرر عن الخاص كما في مسألة العلو والسفل وقد مرت في النفقات وكري نهر مملوك لجماعة محصورين عليهم؛ لأنه مؤنة ملكهم.

فإن أبى بعضهم هل يجبر الآبي على الكري اختلفوا فيه؛ قيل: فإنه يجبر؛ لأنه يوجد ضرران ضرر على الآبي بإتلاف ماله للكري وضرر على أصحابه؛ لأنهم لا يتمكنون من السقي إلا بكري نصيب الآبي، والضرر الذي يلحق الجماعة أكبر فكان دفعه أحق. وقيل لا يجبرونه. أخذ الفقيه أبو جعفر؛ لأنه يمكن لأصحابه دفع الضرر بدون الجبر بأن يرفعوا الأمر إلى القاضي حتى يأذن لهم بحفر نصيب الآبي على أن يستوفوا مؤنة الكري من نصيبه من الشرب وصار كزرع بين شريكين امتنع أحدهما من الإنفاق فلصاحبه أن ينفق عليه بأمر القاضي ويرجع عليه بما أنفق فكذا هذا ولا كري على أهل الشفة؛ لأن شركتهم في الشفة شركة عامة، فإنها ثابتة لجميع الناس والشركة العامة لا عبرة بها في حق التزام المؤنة كما لا عبرة بها في حق نفاد التصرف، ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدًا من الغنيمة قبل القسمة لا ينفد؛ لأن ذلك شركة عامة كان لا ملك له أصلًا ومتى أرادوا كري هذا النهر كروه من أعلاه وكلما جاوزوا أرض رجل دفع عنه الكري عند أبي حنيفة.

وعندهما: الكري عليهم جميعًا من أوله إلى آخره بالحصص الشرب والأرض لهما وجهان:

أحدهما: أن الكري مؤنة من مؤن الملك وملك هذا النهر من أعلاه إلى أسفله مشترك بينهم حتى لو بيعت أرض على هذا النهر كان للكل حق الشفعة.

والثاني: أن من جاوز الكري أرضه يحتاج إلى كري ما وراء أرضه لتكون مفرغة

لفضل مائه حتى لا تغرق أرضه.

له: أن كري النهر إنما يجب لإمكان السقي حتى لو أمكن السقي بدون الكري لا يجب عليهم الكري وحاجة الذي انتهى الكري إلى أرضه قد ارتفعت واندفعت؛ لأنه يمكن من سقى أرضه فلا يلزمه الكري، وإن كانت شركة في الأسفل وحاجته إلى كري الأسفل لتكون مفرغة لفضل مائه يرتفع بسد فوهة النهر متى استغنى هو عن الماء.

وكذلك على هذا مسائل:

إحداها: إصلاح حافتي النهر من أعلاه عليهم فكلما بلغ أرض رجل رفع عنه مؤنة الإصلاح عنده، وعندهما مؤنة الإصلاح من أعلى النهر إلى أسفله عليهم جميعًا.

والثانية: الطريق إذا كان في سكة غير نافذة واحتاجوا إلى إصلاحه قيل على هذا الخلاف عنده يرفع مؤنة الإصلاح متى انتهوا إلى باب دار رجل وعندهما مؤونته من أوله إلى آخره عليهم، وأقاموا الطريق الخاص على النهر الخاص.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: رأيت في بعض النكت لمشايخنا أنهم متى انتهوا إلى باب دار رجل يرفع عنه مؤنة الإصلاح بالإجماع فهما يحتاجان إلى الفرق بين الطريق والنهر، والفرق أن صاحب الدار لا يحتاج إلى التطرق فيما جاوز داره بوجه ما، فأما في النهر، فإنه يحتاج إلى تسييل الماء فيما وراء أرضه لولا ذلك لغرقت أرضه حال كثرة الماء.

والثالثة: أنهم إذا أكروا على النهر وبلغوا فوهة نهر رجل وله وراء ذلك أرض متصل بالنهر هل يرفع عنه مؤنة الكري عند أبي حنيفة.

ذكر الكرخي أنه لا يرفع عنه مؤنة الكري ما لم يجاوز أرضه وهذا بناء على أن من جاوز الكري أرضه إذا أراد أن يفتح رأس النهر ليسقي أرضه قالوا على قول أبي حنيفة له ذلك؛ لأنه سقط عنه مؤنة الكري وعلى قولهما ليس له ذلك؛ لأنه لم يسقط عنه مؤنة الكري.

قال مشايخنا: ولهذا جرت العادة بين الناس أنهم إذا أرادوا كراء النهر يتركون شيئًا من اللون والتراب في أول النهر تحرزًا عن مثل هذه المنازعة على قول أبي حنيفة هذا كله فيما إذا كان النهر خاصا بين جماعة محصورين، فإن كان النهر

عامًا عليه كوى كثيرة احتاجوا إلى كريه فبلغوا فوهة نهر قربه، فإنه ترفع عنهم مؤنة الكرى بالإجماع ذكره محمد في النوادر؛ لأن الشركة فيما بين أهل القرى شركة عامة، ولهذا لو بيعت أرض على النهر العام لا تجب لجميع أهله فيها حق الشفعة والشركة العامة لا عبرة بها في حق التزام المؤنة، وإذا احتفر قوم نهرا على أن يكون بينهم على مساحة أراضيهم ونفقته عليهم على قدر ذلك فوضعوا على رجل منهم أكثر مما عليه أو أقل غلطًا، فإنه يستدرك؛ لأن الغلط متى وقع في القسمة، فإنه يستدرك كما لو وقع الغلط في قسمة مال مشترك.

(باب التصرف في الشرب والأنهار)

وبيع الشرب قد مرّ في البيوع ويورث الشرب ويملك بالوصية؛ لأنه حق مالي والإرث يجري في الحقوق المالية كما يجري في الأعيان، والوصية أحب الميراث؛ لأنها تمليك بطريق الخلافة فكانت أشبه بالميراث من البيع فما يجري فيه الإرث تجري فيه الوصية، وجهالة الموصي به لا يمنع صحة الوصية ولا تصلح أن تكون صداقا ويجب مهر المثل؛ لأن المسمى مجهول المقدار، فإن الماء مما يزداد وينتقص، وجهالة قدر المسمى تمنع صحة التسمية.

وإن اختلعت المرأة عليه فسدت التسمية وردت المهر الذي أخذت؛ لأن المسمى مال مجهول المقدار ففسدت التسمية فوقع الخلع بما دفع إليها من المهر كما لو خالعها على مكيل أو موزون مجهول القدر، وقبلت وقع الطلاق. ويجب ردّ المهر فكذا هذا والصلح على الشرب من دعوى باطل؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق بمنزلة البيع ولأن المصالح عليه مجهول يحتاج إلى قبضه، ولا يمكن قبض المجهول ولا ضمان عليه فيما شرب منه؛ لأنه استهلك مباحًا غير مملوك، وإن صالح عليه عن قصاص في نفس أو دونها فالصلح باطل وجاز العفو وعلى الجاني الدية وأرش الجناية قياسًا وبه يأخذ؛ لأن سقوط القصاص يعتمد القبول لا وجوب القبول، ألا ترى لو صالح عن دم العمد على خمر أو خنزير سقط القصاص لوجود شرطه وهو القبول فكذا هذا إلا أنه لم يرض بسقوطه محابا فتجب الدية

والأرش، ومن كاتب عبدًا على شرب بغير أرض أو أرض وشرب والأرض غير معينة أو معينة لغيره لم يجز؛ لأن الشرب بغير أرض أو مع أرض غير معينة ليصلح بدل الكتابة لكونه مجهولًا، ولهذا لا يصلح مهرًا والأرض المعينة لغيره فيه روايتان ذكرناهما في كتاب المكاتب، وإذا أوصى بأن يباع شربه من فلان أو يتصدق به عليه فذلك باطل؛ لأن ما لا يجوز تمليكه حال حياته لا يجوز تمليكه بعد وفاته، وإن أوصى أن يسقي أرض فلان سنة أو كذا جاز من ثلاثة؛ لأن من أوصى بشربه مؤبدا جاز فيجوز مؤقتا واختلف مشايخنا في معرفة قسمة الشرب. قال بعضهم يقال للمقومين من أهل ذلك الموضع لو اتفق العلماء على جواز بيع الشرب بلا أرض بكم يشتري هذا الشرب فيما بينكم، فإن قالوا: يشتري بمائة، فإنه يعلم أن قيمته مائة فيعتبر خروجه من الثلث على هذا الوجه كما قالوا في تقويم المدبر يقال للمقومين بكم تشتري على أن يكون المشتري أحق بمنافعه دون رقبته وعلى أن يعتق بعد موته، فإن قالوا: بمائة يجب ذلك القدر على مبلغه.

وقال أكثر مشايخنا: معرفة قيمة الشرب فيكون الفضل فيما بينهما قيمة الشرب، فإن كان يشتري مع الشرب وبكم يشتري بدون الشرب فيكون الفضل فيما بينهما قيمة الشرب، فإن كان يشتري مع الشرب بمائة وخمسين وبدون الشرب يشتري بمائة يعرف أن قيمة الشرب خمسين درهما فيجب اعتبار ذلك القدر من الثلث، وإذا مات من له الوصية بطلت الوصيّة؛ لأن الشرب، وإن كان عينًا حقيقة؛ لأنه عبارة عن نصيب الماء إلّا أنه منفعة معنى؛ لأنه بائع للأرض كالمنافع والوصيّة بالمنفعة تبطل بموت الموصى له كالوصيّة بالخدمة، فأما إذا أوصى له بالشرب مطلقًا ولم يوقت لذلك وقتا ثم مات الموصى له هل تبطل الوصية؟ اختلفوا فيه قال الفقيه أبو جعفر: لا تبطل الوصية ويصير الشرب ميراثًا لورثة الموصى له وهو الأصح؛ لأن الشرب عين حقيقة منفعة فوقّتنا على السهمين حظهما فمتى وقت للشرب وقتا والوقت لا يليق إلا بالمنفعة اعتبرناه فيبطل بالموت، ومتى أطلق اعتبرناه عينًا عملًا بالمعنيين كما في الهبة بشرط العوض لما كان تبعًا معنى تبرعا لفظًا اعتبرناه تبرعًا قبل قبض البدلين وبعده اعتبرناه تبعًا فكذا هذا.

وقال غيره من مشايخنا: تبطل بموت الموصى له؛ لأن الشرب منفعة معنى والعبرة للمعنى فيبطل بالموت مطلقا؛ لأنه موقتا فإن قال: إن فعلت كذا وهذا الشرب صدقة في المساكين فذلك باطل؛ لأن هذه صدقة معلقة بالشرط والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، ولو أرسل التصدق به لا يصح فكذا إذا علقه.

ولو أوصى بثلث شربه بغير أرض في سبيل الله أو الحج أو الرّقاب أو الفقراء كان باطلًا؛ لأن هذه وصية ببيع الشرب؛ لأنه لا يمكن أن يحج ويغزي ويعان في الرقاب بعين الشرب وإنما يمكن تيمنه والوصيّة ببيع الشرب بغير أرض باطلة والوصية بالشرب للفقراء بغير أرض لا يجوز.

ولو أوصى بثلث حقه في النهر في كل شيء من ذلك جاز لأنه تصدق بثلث رقبة النهر فجاز ويدخل الشرب فيه تبعًا كما لو أوصى بالشرب مع الأرض.

(فصل)

اشترى أرضًا وشربًا بشرط الخيار وفي الأرض زرع اشتراه معها فيسقى الزرع من ذلك الشرب أو غيره سقط خياره؛ لأنه تصرف فيه تصرف الملاك لا على جهة الاختيار فكان اختيارًا منه للملك فيكون رضًا بإبطال الخيار دلالة كما لو كان المبيع أرضًا فكربها أو اشتراها بطل خياره، ولو سقى غنمًا أو استقى للشفة أو توضأ لا يكون رضا؛ لأنه لم يتصرف فيه تصرف الملاك؛ لأنه يجوز له ذلك بدون الملك، وكذلك لو رعى غنمه في حريم بئر اشتراها بشرط الخيار أو أتى بها في عطن البئر؛ لأن الرعي مباح قبل الشراء فلم يدل على الرضاء بالبيع والإبانة في العطن بيع للسقي، والسقي لأن له إقامة الأغنام في حريم البئر للسقي من غير ملك وبعدما أقامها للسقي لم يوجد منه إلا الدوام على تلك الإقامة والدّوام على فعل لا يدل على الرضاء كمن اشترى دارًا بشرط الخيار وهو ساكنها فدام على السكنى لا يبطل خياره.

ولو سقى آخر أرضه منها ولا يعلم صاحب الخيار لا يبطل خياره؛ لأنه لم يوجد ممن له الخيار ما يسقط به خياره.

ولو اشترى نهرًا بقناة بشرط الخيار، فإن سقى أرضه بما اشترى فقد أجاز البيع؛ لأنه اختار الملك فيما اشترى وإن سقى بما باع فقد نقض البيع؛ لأنه اختار البيع فانتقض البيع باقي مسائل الباب كتبه في البيوع.

(باب الاختلاف في الشرب والنهر)

وإذا ادعى شربا في يد رجل بغير أرض لم يسمع دعواه قياسًا؛ لأنه دعوى الشرب مطلقًا محمول على أنه ملكه بجهة التجارة والتمليك دلالة لا بجهة الإرث والوصيّة كالإقرار بالشري حمل على التجارة لا على غيرها والشرب لا يملك بالتمليك من غير أرض ويسمع استحسانًا؛ لأن دعوى الشري مطلقًا، وإن كان محمولا على التجارة إلا أنه يحمل على أنه اشترى الشرب مع الأرض ثم باع الأرض واستقى الشرب فجاز أن يكون الشرب حقا لإنسان بغير أرض فتقبل البينة عليه.

نهر بين قوم عليه أرضوهم ولبعض أراضيهم سواقي في النهر ولبعضها دوالي ولا ساقية ولا دالية لبعضها فاختصموا في النهر فادعى كل فريق في النهر شربا فالنهر بينهم على قدر أراضيهم استحسانًا، وفي القياس بين أهل السواقي والدوالي؛ لأن أصحاب السواقي والدّوالي مستعملين للنهر ومتعلقين به معنى؛ لأن ملكهم متصل بالنهر وإيصال ملكهم بالنهر كتعلقهم به ولا تعلق لأصحاب الأراضي فكان التعلق به أولى كدابة تنازع فيها اثنان وأحدهما راكب والآخر متعلق بلجامه. وجه الاستحسان أن أصحاب الأراضي الأصل لا بد لها من الشرب، فإن أصل الملك في الأراضي إنما يثبت بالاحتطاط والاحتياط لا يستقيم بدون الشرب وكان لهم استعمال في هذا النهر فيما مضى ظاهرا فكفى ذلك الاستحقاق الشرب للحال، وإن كانت الأرض التي لا ساقية ولا دالية شرب معروف من نهر آخر فلا شرب لها من هذا النهر؛ لأنه لم يثبت استعمالهم للنهر لا في الحال ولا فيما مضى وللآخرين استعمال قائم فكانوا أولى.

ولو كان إلى جنب أرض أحدهم أرض لآخر وأرض الأول بين النهر وبينهما وليس للثانية شرب معروف جعلت شربها من هذا النهر لأنهما في الاستعمال سواء

لما بينا، فإن كان النهر معروفا لقوم خاص ولأرضين خاصّة لم أجعل لغيرهم فيه شيئًا إلا ببينة؛ لأن القاضي لما عرف شربهم أو ثبت عنده بالبينة فقد ثبت شربهم بالدليل ولا دليل لأصحاب الأراضي إلا بمجرد الاستعمال فيما مضى.

ولو كان له استعمال قائم للحال وحق الآخر ثابت بدليل لا بالظاهر، فإنه لا يقضي لصاحب الاستعمال بشيء لأنه لا قوام للظاهر مع البينة كاثنين تنازعا في دابة وهما راكبان وقد عرف أن الدابة لأحدهما بدليل فوق الاستعمال، فإنه لا يقضي للآخر بشيء من الدابة إلّا ببينة.

ولو كان هذا النهر يصب في أجمة وعليه أرض لقوم مختلفين فاختصم أهل الأرض وأهل الأجمة فيه قضي به لأهل الأرض ولا يقطعونه عن الأجمة ولا يمنعهم أهل الأجمة من تسييلهم فضل الماء إلى أجمتهم؛ لأن استعمال صاحب الأراضي سابق على استعمال صاحب الأجمة؛ لأن حق صاحب الأجمة في فضل الماء والفضل إنما يتحقق بعد وجود الأصل وكان استعمالهم سابقا فكانوا أولى برقبة النهر، بمنزلة حائط تنازع فيها اثنان ولأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع كان صاحب التربيع أولى بالحائط لأن استعماله سابق على استعمال صاحب الجذوع إلا أنه لا يمنع صاحب الجذوع من وضع الجذوع عليه وكذا هذا يقضي برقبة النهر لأصحاب الأراضي وليس لهم أن يمنعوا فضل الماء عن الأجمة؛ لأن لصاحب الأجمة منفعة في صب الماء إلى أجمته وليس لصاحب الأجمة أن يمنعهم عن تسييل الماء إلى أجمته؛ لأن لهم في ذلك منفعة وهو صيانة أراضيهم عن الغرق.

رجل له أرض ولآخر فيه نهر يجري ليس لصاحب الأرض منعه من إجراء الماء لأنه في يده مستعمل للنهر يسوق الماء فيه؛ لأن استعمال النهر إنما يكون إجراء الماء فيه وصاحب الأرض كالمتعلق به؛ لأن أرضه متصل بالنهر ومتى تنازع اثنان في شيء وأحدهما مستعمل والآخر متعلق به، فإن يقضي به للمستعمل لما بينا، وإن لم يكن في يده ولم يكن الماء جاريًا سألت البينة على أن النهر له؛ لأنه ليس في يده ولا هو مستعمل له وصاحب الأرض متعلق به لاتصاله بملكه فيقضى له كما لو تنازعا في دابة وأحدهما متعلق بلجامها والآخر لا، فإن لم يقم بينة على

رقبته وأقامها أنه قد كان مجرى مائة في هذ النهر يسوقه إلى أرضه أجرية لأنّه لما عرف جريانه إلى أرضه فيما مضى فقد ثبت استعماله للنهر فيما مضى فثبت استحقاق مجرى الماء فيه، قيل هذا قول أبي يوسف بناء على قبول البينة على يد كانت.

نهر لرجل يجري في أرض آخر اختلفا في مسنّاته فادعاها كل واحد منهما ولا يدري في يد من هي فهي لصاحب الأرض يغرس فيها ما بدا له ويزرع فيها ويمنع صاحب النهر عن الفيء، وعن المرور فيها ولا يهدمها عند أبي حنيفة.

وعندهما ملك لصاحب النهر ملقى لطينه قبل هذا بناء على أن صاحب النهر يستحق جريها لنهره عندهما فكان الحريم في يد صاحب النهر؛ لأنه بائع للنهر فيكون له وعند أبي حنيفة لا حريم للنهر فلم تكن المسناة في يد أحدهما إلا أن المسنّاة أسنة بالأرض من النهر؛ لأن المسناة صالحة للغراسة والزراعة كالأرض، والنهر لا يصلح لذلك ومتى تنازع اثنان في شيء لم يكن في يد أحدهما ما هو أسنة بالمتنازع فيه، فإنه يقضي لمن كان في يده ما هو أسنة بالمتنازع فيه كما لو تنازعا في أحد مصراعي الباب الموضوع على الأرض والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما، فإنه يقضي بالموضوع لمن كان المصراع الآخر معلقا على بابه وقيل لا خلاف أن للنهر حريمًا في أرض الموات لما يأتي لكن الخلاف هنا فيما إذا لم يعرف أن المسناة في يد صاحب النهر بأن كانت متصلة بالأرض متساوية لها ولم تكن أعلى منها فالظاهر شاهد أنها من جملة أرضه إذ لو لم يكن هكذا لكانت أعلى من الأراضي لإلقاء الطين فيها وعندهما الظاهر شاهد لصاحب النهر حريما له فوقع الكلام بينهم في الترجيح. لرجل نهر في أرض رجل فأراد دخول أرضه لإصلاح النهر فمنعه رب الأرض فليس له أن يدخل إلا في بطن النهر وكذلك القناة، قيل: هذا قول أبي حنيفة؛ لأنه لا حريم للنهر عنده فتكون المسناة لصاحب الأرض وكان له أن يمنعه من الدخول في ملكه وعندهما للنهر حريم فيكون المسناة لصاحب النهر وكان له أن يمر عليها لإصلاح نهره وقبل هذا هو لهم جميعًا إلا أن موضوع المسألة أن النهر والمسناة كانا لصاحب الأرض ثم باع المسناة من صاحب الأرض فلا يمر فيه لإصلاح نهره بخلاف ما إذا أراد المسلمون أن يمروا في أرض رجل

لاستقاء الماء من المشرعة ولم يكن لهم طريق غيرها فلهم ذلك؛ لأنه لا يمكنهم المرور لاستقاء الماء إلا في أرضه وفي منعهم من المرور إلحاق الضرر بهم والضرر العام يدفع بالضرر الخاص فأما إذا كان الصاحب يمكنه المرور في بطنه لإصلاح النهر فلا حاجة إلى المرور في أرض غيره، فإن كان المرور للاستقاء طريقًا غيرها فله أن يمنعهم كما في النهر.

وذكر في النوادر: لو كان النهر ضيقًا لا يمكنه المشي فيه فصاحب الأرض بالخيار إن شاء أذن له أن يصلحه ويسوي نهر نفسه، وإن شاء سوّى هو نهره.

وفي نوادر هشام عن محمد: ساقية لرجل في دار فأبى صاحب الدار أن يأذن لصاحب الساقية أن يدخل الدار فيكسحها وإنه يكسحها أصحاب الدار، فإن أبوا ذلك قال محمد: لا بد من هذا.

وذكر أبو يوسف في رسالته إلى هارون الرشيد: أنه يدخل داره فيمشي على حافتي نهره في حريمه؛ لأن الحريم ملك صاحب النهر.

ولو كان نهرًا جاريًا في أرض رجل اختلفا في موضع الجري فقال صاحب الأرض: هو لي ولصاحب النهر حق الجري، وقال صاحب النهر: هو لي، فالقول قول صاحب الأرض إذا لم يعرف كيف كان الأصل.

(باب الشهادة في الشرب)

نهر لرجل ادعى فيه آخر شرب يوم في الشهر وأقام بينة تقبل؛ لأن هذه شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرضٍ والشهادة على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على شرب معلوم من غير أرض مقبولة.

ولو ادعى يومين في الشهر فشهد أحد شاهديه على يوم في رقبة النهر والآخر على يومين قضي له بيوم في رقبة النهر عندهما.

وعند أبي يوسف: لا يقضي بشيء.

قال الفقيه أبو جعفر: يجب أن يكون هذا الخلاف في الإقرار بالشرب بأن شهد أحدهما أن المدعي قبله أقر له بشرب يوم وشهد الآخر أنه أقر له بشرب يوم كما لو

شهد أحدهما أنه أقر بألف وشهد الآخر أنه أقر له بألفين، فأما إذا شهد أحدهما بشرب يوم والآخر بشرب يومين يجب أن يقبل على الأقل بالإجماع؛ لأن الشهادة على ألفين تقبل على الأقل كما لو شهد أحدهما أن هذين العبدين له وشهد الآخر أن هذا العبد له تقبل على العبد الواحد بالإجماع.

ولو شهدوا بشرب يوم إذا لم يسموا من كم يوم هو لأنهم شهدوا بشرب مجهول؛ لأنه لا يدري أن له شرب يوم من شهر أو يومًا من عشرة وجهالة الشهودية تمنع قبول الشهادة.

ولو ادعى عشرة عين فشهد أحدهما على العشر والآخر على الأقل لم تقبل عند أبي حنيفة، وعندهم تقبل على الأقل.

قال أبو حنيفة: هذا الخلاف في الشهادة بالإفراز، فأمّا في الشهادة على عين الشرب يقبل على الأقل بالإجماع. رجل ادعى أرضًا على نهر شربها منه فأقام شاهدان أن الأرض له يقضي بها وبحصته من الشرب؛ لأن الشهادة بمطلق الملك شهادة بالملك من الأصل، ولهذا يستحق الأولاد وأولية الملك في الأرض لا ينفك عن الشرب؛ لأن قسمة الأرض في الأصل لا تصلح من غير شرب وطريق فكانت الشهادة بمطلق الملك شهادة له فكان القضاء له بالملك من الأصل قضاء بالشرب.

ولو ادعى الشرب وحده وشهدوا به لا يقضي بشيء من الأرض معه؛ لأن دعوى ملك الأرض مطلق دعوى للشرب تبعًا وضمنا لا مقصودًا ومتى قضينا بالشرب بدون الأرض قضينا بالشرب مقصودًا ودعوى الشرب لم توجد مقصودا كما لو ادعى جارية أنها ملكه مطلقًا وولدها فشهد الشهود بالولد لا بالجارية لم تقبل لأنه لم يوجد دعوى للولد مقصودًا.

ولو شهد أحد الشاهدين أنه اشترى هذه الأرض والشرب بألف والآخر شهد أنه اشترى الأرض بألف لم يجز؛ لأنه تعذر القضاء بالمبيع والثمن؛ لأنه تعذر القضاء بالأرض والشرب لأنهما لم يتفقا عليهما وتعذر القضاء بالألف بالأرض وحدهما؛ لأنه يتعذر قيمتها؛ لأن أحدهما شهد أن ثمنها جميع الألف، وشهد الآخر أن ثمنها

بعض الألف فلم يتفقا على ثمنها فتعذر القضاء بالثمن فامتنع القضاء بالبيع، وإن شهد الآخر أنه اشترى الأرض بكل حق هو لها بألف جاز لأنهما اتفقا على شري الأرض والشرب؛ لأن الشرب من حقوق الأرض فمن شهد أنه اشتراها بكل حق هو لها فقد شهد بالأرض والشرب جميعًا.

(باب أحكام الأراضي)

الأراضي نوعان: مملوكة، ومباحة.

أما المملوكة: فكل أرض مملوكة عامرة أو عامرة انقطع ماؤها فهي ملك لصاحبها لا تزول عنه إلا بإزالية فتورث عنه إذا مات متى عرف صاحبها، وإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة فكذلك لو كانت فناء للأرضين؛ لأن الظاهر أن فناء الأرض مملوك لمالك خاص وجدت فيه القسمة إلا أنه لا يعرف صاحبها فكان بمنزلة اللقطة.

وأمّا الأراضي المباحة: وتسمى الموات، وهي نوعان:

أحدهما: ما ينتفع بها أهل قرية أو مصر مسرحا لدوابهم ومحيطيا لهم فهي حقهم لا يجوز للإمام أن يقطعها من أحد؛ لأن في ذلك ضررًا بهؤلاء ولكن ينتفع بالحطب والقصب الذي فيها هؤلاء وغيرهم وليس لهم أن يمنعوه عن غيرهم لأنها ليست بملك لهم.

والثاني: ما لا يكون تبعًا لقرية من القرى فهي على الإباحة الأصليّة فهي الأرض الميتة حقيقة، قال محمد رحمه الله: الأرض الميتة كل أرض لم يبلغها الماء وليس لأحد فيها حق؛ لأن الميتة ما لا ينتفع به ومتى انقطع عنها الماء لا يكون منتفعة؛ لأن حياة الأرض بالماء.

[وقال][1] أبو يوسف: الحد الفاصل بينهما أن كل أرض يبلغها النداء إذا نادى رجل من أدنى الأرض المملوكة فهي تابعة لقريتهم، وما لا يسمع صوته فيه فليست بتابعة لقريتهم.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وذكر.

ومن أحيا أرضًا ميتة لم تكن له إلا بإذن الإمام عند أبي حنيفة، وعندهما والشافعي إذن الإمام ليس بشرط؛ لقوله عليه السلام: "**من أحيا أرضًا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق**" ولم يفصل ولأن هذا مال مباح سبقت يده إليه فيملكه بغير إذن الإمام كالحطب والحشيش والحشيش له.

قوله عليه السلام: "**ليس للمرء إلّا ما طابت به نفسه إمامه**" فظاهره يقتضي أن لا يملك الحطب والحشيش إلّا بإذن الإمام إلا أنه خص في حقهما فبقي الباقي على ظاهره؛ ولأن الأراضي المتاحة أموال مشتركة بين جماعة المسلمين لأنها غنيمة من كل وجه لأنها كانت في أيدي الكفرة ثم صارت في أيدينا بحكم القهر والغلبة؛ لأن أيدي الغانمين محتوية مشتملة على ظاهر الأرض فصارت غنيمة لهم ولم يجر فيها قسمة فبقيت مشتركة بينهم إلا أنهم بادوا وماتوا وانقرضوا ولم يعرف لهم وارث فكان بمنزلة اللقطة التي لا يعرف لها مالك فيكون لبيت المال بخلاف الحطب والحشيش؛ لأنه مباح ليس في أيدي الكفرة لأنهم تركوا أيديهم باختيارهم وكذا الغانمون ما قصدوا إثبات اليد عليه فلم يصر غنيمة لهم.

وأما تفسير الإحياء أن يبني فيها بناء أو يزرع فيها زرعًا أو يجعل للأراضي مسنيات ونحو ذلك فيكون له موضع البناء والزرع دون غيره.

قال أبو يوسف: إن عَمَّرَ أكثر من النصف يكون إحياءً لها ولما بقي وإن عَمَّرَ نصفها له ما عمر دون ما بقي فقد اعتبر الكثرة.

وذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة: إن حفر فيها بئرًا أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع.

ولو حفر فيها أنهارًا لم يكن إحياء إلا أن يجري فيها ماء فيكون إحياء وإن أحرق فيها حشيشا فليس بإحياء.

وفي (المنتقى) عن محمد: لو كرب أرض موات فليس بإحياء إلا أن يبذر فيها، ولو حفر فيها قدر أذرع ولم يبلغ الماء لا يكون إحياء ولكن يكون تحجيرًا ومن يحجر في أرض موات فليس بإحياء وتترك في يده ثلاث سنين، فإن أحياها وإلا فهي لمن أحياها لقول عمر رضي الله عنه: من أحيا أرضًا ميتة فهي له وليس لمتحجر

بعد ثلاث سنين حق والتحجير أن يُعلِّم بعلامة بأن يضع حجارة أو غرز حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش وأحرق ما فيها من الشوك ونحو ذلك وهي تصير ملكًا للمتحجر قيل تصير ملكًا له والصحيح أنه لا تصير ملكًا له؛ لأن أرض الأموات إنما تملك بالإحياء والتحجير ليس بإحياء وإنما هو استيام على الإحياء، فإنه يبين بالتحجير لغيره أنه سيق إلى هذا المكان وقصد إحياءه إلا أنه يكون هو أحق بالانتفاع بها في مدّة ثلاث سنين نفيًا للوحشة عن التحجير وهذا لا يمنع وقوع الملك لمن أحياها كما في الاستيام على النفع، ومن يحجر على أرض موات سنة مبارة فقد أحياها؛ لأنه يكون منزلة البناء، وإن زرعها فلم يرض بحد للزراعة فتركها وجاء آخر وزرعها هل يكون الثاني أحق بها؟ قيل يكون الثاني أحق بها.

وقال عامّة مشايخنا: هي للأول وله أن ينزعها من يده وهذا بناء على أن بالإحياء يملك رقبة الأرض أم منفعتها؟ قيل: يملك منفعتها كمن جلس في موضع مباح كان له الانتفاع به ما دام مستعملا له، فإذا قام وأعرض عنه بطل حقه، فكذا هذا ما دام يستعملها هو أحق بها، فإذا ما تركها وأعرض عنها بطل حقه، وعند عامّة مشايخنا يملك رقبتها وهو الصحيح لقوله عليه السلام: **"من أحيا أرضًا ميتة فهي له"** أضاف الأرض إليه بلام التمليك والمبطحة اسم الأرض جرى عليها الماء مرارا وثبت فيها الحطب والقصب وغير ذلك وصار بعضها حفظا وبعضها ارتفاعا ونز بعضها وصار بعضها سبخة وهذا هو المبطحة ومنه بطحاء مكة الأشياء التي لها حريم خمسة إحداها حريم بئر العطن وهو أربعون ذراعا بالإجماع؛ لأن استحقاق الحريم باعتبار الحاجة؛ لأنه لا يمكن لصاحب البئر الانتفاع بماء البئر إلا بالحريم لا محالة؛ لأنه لا بد له من موضع يقوم عليه لبرح الماء، ومن مستنقع يجتمع فيه الماء ومن موضع تقوم عليه المواشي تشرب الماء وقدرنا ذلك بأربعين ذراعًا حتى يتوفر ماؤه لأنه لو لم يملك ما حولها يحفر آخر بجنبها والآبار إذا تلاصقت قلّ ماؤها فيتضرر بها صاحبها والثاني حريم بئر الناضح أربعون ذراعا عند أبي حنيفة، وعندهما ستون ذراعا ورآهم أنه يملك هذا القدر من كل جانب فيبرأ الناضح التي ينزح الماء منها بالعير وبئر العطن التي ينزح منها الماء باليد.

لهما: ما روى الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا**". فلأن الحاجة في بئر الناضح إلى الحريم أكثر من الحاجة إليه في بئر العطن؛ لأن في الناضح يحتاج إلى موضع تدور عليه الإبل حول البئر لنزح الماء أو ربما كان الحبل أطول من أربعين ذراعا فلو قدرنا حريمها بأربعين ذراعا لبقي الدلو في وسط البئر لا يمكنه أن يجاوز حريمه ويمد الحبل حتى يرتفع إلى رأس البئر؛ لأنه يحتاج إلى سوق البعير في ملك الغير وربما يمنعه من سير الإبل في ملكه له قوله عليه السلام: "**من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا عطنًا لماشيته**" ولم يفصل بين بئر الناضح والعطن؛ لأن القياس يأبى استحقاق الحريم أصلًا؛ لأن سبب الاستحقاق في أرض الموات هو الإحياء والعمل والإحياء لم يوجد فيما عدا البئر إلا أن النصوص قد اتفقت على أربعين ذراعا وانعقد الإجماع عليها فتركنا القياس فيه وتعارضت الأخبار فيما زاد على ذلك فبقي على أصل القياس.

قال أبو حنيفة: جعل في حديث الزهري ستين ذراعا لمد الحبل لا أنه يملك ما زاد على أربعين ذراعا.

ولو احتاج إلى سبعين ذراعا لمد الحبل إليه كان له مد الحبل إليه ولكن لا يملك.

ورُوي عن محمد في النوادر: أن حريم الناضح ستون ذراعا إلا أن يكون الحبل سبعين ذراعا فحينئذ يكون له الحريم بعدد الحبل سبعين؛ لأن استحقاق القديم كان بسبب الحاجة إليه فيكون له الحريم بقدر الحبل حتى يتهيأ له الانتفاع بالبئر.

والثالث: حريم العين خمسمائة ذراع لقوله عليه السلام: "**حريم العين خمسمائة ذراع**" وفي رواية القدوري "**ثلاثمائة ذراع**" ويستحق خمسمائة ذراع في حريم العين وأربعون ذراعا في حريم البئر من كل جانب وهو الصحيح؛ لأن الحاجة لا تندفع بهذا حتى قال بعض مشايخنا التقدير بأربعين في البئر إنما كان في ديارهم؛ لأن أراضيهم صلبة متى حفر آخر بئرًا أخرى فوق الأربعين لا يقل ما بينه، فأما في ديارنا الأراضي رخوة فيزاد على أربعين متى احتاج إليه صاحب البئر، وقد رُوي عن

محمد ما يدل على هذا، فإنه قال حريم البئر أربعون ذراعا إلا أن يكون الحبل أطول من أربعين لعمق البئر فحينئذ يزاد على الأربعين.

والرابع: القناة ذكر محمد في الأصل: والقناة حريم مفوض إلى رأي الإمام؛ لأنه لا بد للقناة من الحريم لملقى طينه ولمخرج مائه فجعلوا له حريما لأجل الحاجة ولم يقدّروا لحريمه تقديرا حتما؛ لأنه ليس لحريمه مقدار منصوص عليه في الشرع وكان مقداره مفوضا إلى الإمام قالوا: هذا قولهما، فأما عند أبي حنيفة لا حريم للقناة ما لم يظهر الماء على الأرض؛ لأن القناة قبل ظهور الماء على وجه الأرض. نهر مطوي فيعتبر بالنهر المظهر ولا حريم للنهر الظاهر عنده خلافًا لهما، فأمّا في الموضع الذي يظهر الماء على وجه الأرض يكون له من الحريم بقدر ماء للعين قدر خمسمائة ذراع؛ لأنه بمنزلة العين الغوارة في ذلك الموضع، ومن حفر نهرًا في أرض موات لا يستحق له حريما عند أبي حنيفة، وعندهما يستحق له حريما؛ لأنه يحتاج إليه لملقى طينه ونحوه.

وأبو حنيفة فرق بين النهر والبئر والفرق أن القياس يأبى استحقاق الحريم لما ذكرنا والنص الوارد لاستحقاق الحريم في البئر والعين لا يكون واردا في النهر؛ لأن الحاجة في النهر إلى الحريم دون الحاجة في البئر إلى الحريم؛ لأن البئر يحتاج إليه بكل حال ليتهيأ لصاحب البئر الانتفاع بها، فأما صاحب النهر يحتاج إلى الحريم في ابتداء الحفر لإلقاء الطين وبعد ذلك لا يحتاج إليه؛ لأنه ربما لا يحتاج إلى الكري ثانيا لانحدار الأرض وهبوطها، ولما كانت الحاجة في النهر إلى الحريم أقل رد النهر إلى ما يقتضيه القياس.

وقال المحققون من مشايخنا: للنهر حريم بقدر ما يحتاج إليه بالاتفاق لإلقاء الطين ونحوه؛ لأن النبي عليه السلام جعل للبئر حريما فيكون جعله للبئر حريما جعلا للنهر حريما بطريق الأولى لسده حاجة النهر إلى الحريم.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في مقدار حريمه وهو المسناة:

قال أبو يوسف: قدر عرض نصف النهر من كل جانب.

وقال محمد: قدر عرض جميع النهر من كل جانب وكذلك الاختلاف في الحوض.

والخامس: لو غرس شجرًا في أرض موات هل يستحق له حريمًا؟ لم يذكره محمد قال مشايخنا: يستحق صاحب الشجر حريما له بقدر خمسة أذرع حتى لم يكن لغيره أن يغرس بجنب شجرته وللأول منعه لما رُوي أن رجلًا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الأولى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم **وأمر النبي عليه السلام بأن يؤخذ من شجرة جريدة فيذرع فبلغ ذلك ومسح فبلغ خمسة أذرع فرجع له النبي عليه السلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك**، وهذا حديث صحيح مشهور فلا بد من قبوله، ومن حفر بئرا في مفازة فجاء آخر وحفر أخرى في حريمه فله سدها؛ لأن قدر الحريم صار ملكًا للأول، فإن حفر لا في حريمه بل قريبًا منه بإذن الإمام فذهب ماء البئر الأولى بسبب الثانية فلا ضمان على الثاني؛ لأن له أن يحفر بئرا وراء حريم الأولى والحافر مسبب، فإذا لم يكن متعديًا في التسبب فلا يضمن ويكون للثاني الحريم من الجوانب الثلاثة ولا حريم له من الجانب الذي هو حريم بئر الأول؛ لأن ذلك القدر صار ملكًا للأول.

(**المنتقى**): روى ابن سماعة عن محمد: رجل أحيا أرضًا مواتًا فجاء آخر وأحيا بجنبها أرضًا وجاء آخر وأحيا في الجانب الآخر أيضًا أرضًا والثالث والرابع كذلك ولم يبق للأرض طريق فالطريق الأول في آخر أرض أحياها الرابع؛ لأن الأول حين أحياها لم يكن للأول فيها حق المرور؛ لأنه كان يستغني عنه للمرور لما بقي من الجوانب الأخرى أرضًا مباحا، وكذلك الثاني والثالث فيعين حقه في المرور في الجانب الرابع، فإذا أحياها الرابع فقد قصد إبطال حقه فلا يملكه وكان للأول أن يصلحه ويكبسه.

ولو أراد أخذ الحافر أن يكبسه هل له ذلك؟ قيل ليس له ذلك ولكنه يضمّنه النقصان ثم يكبس هو بنفسه كمن هدم جدار غيره، فإنه لا يؤمر بأن يبني جداره هل يضمنه قيمة البناء ثم يبني هو بنفسه؟ وقيل له ذلك؛ لأن الحافر صار جانيا بالحفر وأن له جنايته بالكبس ممكن فيجبر عليه كما لو ألقى كباسه في دار غيره، فإنه يجبر على رفعه كذا هذا بخلاف البناء؛ لأنه لا يمكنه أن يبني مثل الأول بلا تفاوت

ونقصان. قناة بين رجلين أحيا أحدهما أرضًا ميتة ليس له أن يسقيها من القناة أو يجعل شربه منها؛ لأنه يريد أن يستفضل على شريكه؛ لأنه لم يكن لهذه الأرض شرب من هذه القناة، وليس لأحد الشريكين أن يستفضل على شريكه إلّا بإذنه، وإذا حفر رجلان بنفقتهما بئرا في أرض الموات على أن يكون البئر لأحدهما، والحريم للآخر لم يجز لأنهما اصطلحا على خلاف موجب الشرع، فإن الشرع جعل الحريم تبعًا للبئر ليمكن صاحبه الانتفاع بالبئر فكان الحريم لمالك البئر، فإن كان البئر لواحد فالحريم له، وإن كان البئر بينهما كان الحريم بينهما.

ولو شرطا أن يكون البئر والحريم بينهما على أن ينفق أحدهما أكثر لم يجز، ويرجع صاحب الأكبر بنصف الفضل لأنهما اشتركا في إحراز مباح ليكون المباح بينهما والشركة في إحراز المباح تقضي أن تكون النفقة بينهما على قدر الملك، فإذا شرط زيادة النفقة على أحدهما لم يصح الشرط ويرجع بالزيادة على صاحبه؛ لأنه أنفق عنه بأمره.

(باب التلف بالسقي وإجراء الماء ونحوه)

رجل سقى أرضه وفجّرها أي ملأها فسال من مائه في أرض آخر ففرقها أو نزت فلا ضمان عليه.

قال الفقيه أبو جعفر: هذا إذا سقى أرضه سقيًا معتادًا يسقي مثله في العادة؛ لأن السقي المعتاد قد يغرق أرض جاره، وقد لا يعرف فإذا تعدى إلى أرض جاره كان مسببا لا مباشرا والمتسبب لا يضمن ما تولد من فعله متى لم يكن متعديا في التسبب، فإذا سقى سقيا غير معتاد ضمن؛ لأنه متعد في هذا التسبب؛ لأن هذا السقي سبب لغرق أرض جاره غالبًا، فأما إذا كان في أرضه جحر الفأرة فتعدى إلى أرض جاره وغرقت ينظر إن كان لا يعلم بجحر الفأرة لا يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ، فإن علم ضمن؛ لأنه متعدٍّ؛ لأنه مع جحر الفأرة لا يسقي إلا بعد كسر الجحر، وعلى هذا قالوا: إذا فتح رأس نهره فسال من النهر شيء إلى أرض جاره فغرقت ينظر إن فتح من الماء مقدار ما يفتح من الماء في مثل ذلك النهر ضمن.

وحكي عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد أنه قال إذا سقى منه بما لا يضمن إذا كان محقا في السقي بأن سقاه في نوبته مقدار حقه، فأمّا إذا سقى في غير نوبته أو في نوبته أكثر من حقه يضمن؛ لأنه متسبب وهو متعدٍّ فيه فيضمن ما تولد منه، وكذلك لو أحرق كلأ أو حصائد في أرضه فذهبت النار فأحرقت شيئًا لغيره إن أوقد نارًا يوقد مثلها عادة لا يضمن؛ لأنه غير متعد في التسبب، وقيل إن كان يوم ريح وعلم أن النار تتعدى يضمن؛ لأنه متعد في الإيقاد إذا قصد به إحراق مال غيره.

(الفتاوى): رجل له مجرى ماء بقرب دار لرجل فأجري في النهر ماء لم يحتمله النهر فدخل الماء في جدار داره فخربها، ينظر إن كان الثقب خفيًّا.

ولولا الثقب ما تعدى الماء فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يصر متعديا.

ولو انبثق نهر يجري في أرض قوم وخربت أرضهم فليس لهم أن يأخذ أصحاب النهر بعمارة الأرضين ولهم أن يأخذوا بعمارة النهر.

ولو كان لرجل مجرى ماء السطح على سطح جاره فخرب سطح الجار فإصلاح المجرى على صاحب السطح بأن يبني السطح أو يضع ماءها في موضع المجرى على سطحه حتى يتعدى الماء إلى مصبه، وذكر الفقيه أبو جعفر: رجل ألقى شاة ميتة في نهر طاحونة فسار الماء بها في الطاحونة فخربت الطاحونة إن كان النهر لا يحتاج إلى الكري فلا ضمان عليه، وإن كان النهر يحتاج إلى الكري يضمن إن علم أنها خربت من ذلك والله تعالى أعلم.

كتاب الأشربة

يحتاج إلى معرفة: تفسير الأشربة والأعيان التي يتخذ منها الأشربة، وأسمائها، وماهيتها، وأحكامها.

أما تفسيرها:

فالأشربة جمع شراب، والشراب في اللغة: اسم لما يشرب.

وأمّا الأعيان التي يستخرج منها الأشربة أربعة: العنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والذرة ونحوها.

وأمّا أسماؤها: فاثنا عشر: سبعة لما يتخذ من العنب الخمر والباذق والطلاء والمنصف والنحيح والجمهوري والحميدي ويسمى أبا يوسفي، واثنان للمتخذ من الزبيب نقيع ونبيذ، وثلاثة للمتخذ من التمر السكر والفضيخ والنبيذ.

وأما ماهيتها: أما الأشربة المتحدة من العنب فأحدها الخمر وهي اسم للنيئ من ماء العنب بعدما غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة وعندهما إذا غلا واشتد فهي خمر، وإن لم يقذف بالزبد.

لهما: أن معنى الخمرية وهي الاضطراب ومخامرة العقل تحصل بالغليان والشدة وصار مرغوب الفسّاق، فأما القذف بالزبد فنهاية في الغليان يطلب ليرق ويصفو الخمر وهذا ليس بشرط للحرمة.

له: أن الغليان دليل على شيء من الحلاوة فيه؛ لأن المرّ والحامض لا يغلو بل الحلو يغلوا وما دام شيء من الحلاوة باقيا كان معنى الأصلي قائما فلا يسمى خمرا وفيه من حلاوة شيء الأصلية إلّا إذا سكن وقذف بالزبد فيتم معنى المرارة فيه.

والثاني: الباذق وهو اسم لما طبخ من ماء العنب أقل من الثلاثين سواء كان أقل من الثلث أو النصف أو طبخ أدنى طبخة بعدما صار مسكرا أو يسكر عن الغليان.

والثالث: الطلاء وهو اسم للمثلث وهو ما إذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وإنما سمي المثلث طلاء لقول عمر رضي الله عنه ما

أشبه هذا بطلاء الإبل وهو القطران يطلى به البعير إذا كان جربًا والعصير إذا ذهب ثلثاه يصير شبه القطران من حيث اللون.

والرابع: المنصف وهو ما إذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب نصفه وبقي نصفه.

والخامس: البخنج وهو أن يصب الماء على المثلث حتى يرق ويترك حتى يشتد ويسمى أبا يوسفي؛ لأن أبا يوسف كثيرًا ما كان يستعمل هذا وهل يشترط أدنى طبخة بعدما صب الماء فيه؟ سيأتي.

والسادس: الجمهوري وهو الذي من ماء العنب إذا صب عليه الماء وقد طبخ أدنى طبخه حتى ذهب ثلثه وبقي ثلثاه.

وأمّا ما يتخذ من الزبيب فنوعان: وهو أن ينقع الزبيب في الماء حتى خرجت حلاوته إلى الماء ثم اشتد وغلا وقذف بالزبد، والثاني ينبذ وهو الذي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة وغلا واشتد، وأمّا ما يتخذ من التمر فثلاثة أنواع:

أحدها: السكر وهو الذي من ماء التمر إذا غلا واشتد. عليه أكثر أهل اللغة مشتق من سكرت الريح إذا سكنت وكل من سكن فقد سكر.

والثاني: الفضيخ وهو الذي من ماء البسر المذيب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وأنه اسم مشتق من الفضيخ وهو الكسر يقال انفضخ سنام البعير أي انكسر من الحمل فالبسر إذا كسر لاستخراج الماء منه وسمي الماء المستخرج منه بعد الفضيخ فضيخًا.

والثالث: النبيذ وهو الذي من ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخه وغلا واشتد وقذف بالزبد وكذا يقع على الماء الذي أنقع فيه التمر وخرجت حلاوته وغلا واشتد وقذف بالزبد.

وأمّا أحكام هذه الأشربة فهي على خمسة أوجه: في وجه حلال بالإجماع وفي وجه حرام بالإجماع، وفي وجه حرام عند عامّة العلماء، وفي وجه حلال عند عامة العلماء خلافًا للشافعي، أمّا ما هو حلال وهو كل شراب حلو لم يشتد، وأمّا ما هو حرام بالإجماع فهو الخمر والسكر من كل شراب.

أمّا الخمر فلها أحكام ستة:

أحدها: أنه يحرم شرب قليلها وكثيرها ويحرم الانتفاع بها للتّداوي وغيره؛

لأنه محرم العين بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] الآية سمّاه رجسًا ونجسًا وكل نجس حرم عينه كالدم والميتة وأمرنا بالابتعاد عنها، وبالسنة المتواترة وهو قوله عليه السلام: "**حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها**" والسكر من كل شراب، وعليه إجماع الأمة.

والثاني: أنه يكفر جاحدًا حرمتها لإنكاره الدلائل القطعية.

والثالث: أنه يحرم تمليكها وتملكها بالبيع والهبة وغيرهما ما للعباد فيه صنع؛ لأنه محرم العين.

والرابع: أنه قد بطل تقومها حتى لا يضمن متلفها؛ لأن الله تعالى لما سماها رجس فقد أهانها كالبول والدم فيبطل التقوم ضرورة.

والخامس: هي نجسه نجاسة غليظة كالبول والدم؛ لأن نجاستهما تثبت بدليل مقطوع به فتكون غليظة كالدم.

والسّادس: يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها لقوله عليه السلام: "**من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه**" وعليه إجماع الصحابة وهو مقدرهما بين سوط في حق الأحرار وفي حق العبيد نصف ذلك لما يأتي في الحدود.

وأما ما هو حرام عند عامّة العلماء فهو الباذق والمنصف نقيع الزبيب والتمر من غير طبخ، والسكر، فإنه يحرم شرب قليلها وكثيرها وقال أصحاب الظواهر مثل بشر المريسي، وغيره: بأنه يباح شربه ما لم يسكر والصحيح قول العامّة لقوله عليه السلام: "**الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة والنخلة**".

ورُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن التداوي بالسكر فقال: **إن الله تعالى لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم**، وقوله تعالى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنۡهُ سَكَرٗا وَرِزۡقًا حَسَنًاۗ﴾ [النحل: ٦٧]؛ لأنه انسحب بأنه تحريم الخمر لكن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر؛ لأن حرمتها مختلف فيها فتمكنت فيها شبهة الإباحة حتى لا يحد شاربها ما لم يسكر، وقال الشافعي يحد بشرب قطرة منها لما يأتي.

فأمّا نجاستها: ففيها روايتان عن أصحابنا، في رواية نجاستها غليظة، وفي ظاهر الرواية نجاستها محققّة حتى يعتبر فيها الكثير الفاحش؛ لأن الأخبار قد تعارض في إباحتها وحرمتها فإن قوله عليه السلام: "**حرمت الخمر لعينها**" والسكر من كل شراب يدل على إباحتها فيما دون السكر فأورث ذلك حقه في نجاستها كبول ما يؤكل لحمه ويجوز بيعها وتمليكها عند أبي حنيفة خلافًا لهما وقد مرّ في البيوع.

وأمّا ما هو حلال عند عامة العلماء وهو المثلث ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة فهو حلال شربه ما دون السكر لاستمرار الطعام وللتقوي على طاعة الله تعالى إلا للهو والسكر منه حرام وهو القدر الذي يسكر وهو قول عامّة الصحابة والتابعين رضي الله عنهم إذا سكر يجب عليه الحد ويجوز بيعه ويضمن متلفه وهو أصح الروايتين عند محمد، وفي رواية عنده أن قليله وكثيره حرام، ولكن لا يجب الحد ما لم يسكر وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام: "**ما أسكر كثيره فقليله حرام**".

والصحيح قول العامّة، فإنه ذكر الطحاوي في "شرح الآثار" بإسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى اله عليه وسلم أتي بنبيذ فشمه فقطّب وجهه لشدته ثم دعا بها فصبّه عليه وشرب منه وهذا المذهب معروف عن عمر رضي الله عنه أنه كان يشرب الشراب الشديد فوق طعامه حتى قال: إنا نأكل لحم الجزور ونشرب عليه النبيذ الشديد ليقطعه في بطوننا وشرب أعرابي من سطيحة عمرو والسطيحة فوق الإداوة ودون المزادة فسكر الأعرابي فحبسه عمر حتى صحي الأعرابي ثم أراد أن يحدّه فاعتذر إليه الأعرابي أنه شرب من سطحته أي من شرابه الذي كان يشربه فقال: إنما أحدّك للسكر فحدّه، وعن علي رضي الله عنه أنه أضاف قوما فسقاهم فسكر بعضهم منها فقال الرجل يسقني ثم يحدّني فقال علي: إنما أحدك للسكر. فقد اتفقت عامّة الصحابة على إباحة شربه حتى جعل أبو حنيفة رحمه الله من شرائط مذهب السنة والجماعة أن لا يحرم نبيذ الجر لما في القول بتحريمه تفسيق كبار الصحابة والإمساك عن تفسيقهم من شرائط السنة والجماعة، وحديث الشافعي لا يكاد يصح؛ لأنه طعن فيه إبراهيم النخعي وهو ضيرفيّ الحديث ولأنه ورد مخالفًا لقول العامّة من الصحابة.

ولو كان صحيحًا لاحتجوا به عليهم، أو يحمل على أن المراد به إذا جلس قوم لطلب السكر من الشراب وللتلهي فالكل حرام وتعبير لإباحة نبيذ التمر والزبيب أدنى طبخة وليس في طبخه حد مثل إذا أنضجته النار فلا بأس به، وكذلك في نقيع الزبيب والتمر يكتفى بأدنى طبخه في ظاهر الرواية عنهما.

وروى هشام عن أبي حنيفة وأبي يوسف ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لا يحل؛ لأن العصير يخف في العنب متى ذيب فإذا صب فيه الماء، ويرطب فقد حتى ما فيها من العصير وعاد إلى الحال الأولى، ولهذا قال ابن عمر: خمر فحينها فيشترط لإباحته ذهاب ثلثيه كما في الابتداء. وجه ظاهر الرواية أن العصير في العنب لم يخالطه شيء من الماء وإنما استخرج ماؤه بمائة موطئ الأقدام وكان عصيرًا محضًا فيشرط ذهاب ثلثيه بالطبخ، فأمّا في النقيع خالطه الماء؛ لأنه استخرج ماؤه بغيره وهو ماء السماء فكان عصيره مخلوطًا بالماء وكان النقيع دون العصير ثم العصير يحل بذهاب الثلثين فوجب أن يحل النقيع بما دون ذلك ليظهر نقصان حاله عن حال العصير وليس لما دون الثلثين مقدار مقدر شرعًا فاكتفى بالأقل، ولهذا قال عمر رضي الله عنه كل شراب استخرج ماؤه بماء فهو حرام لا تشربوه، وكل شراب استخرج ماؤه بغيره فهو حلال فاشربوه فلهذا يمنع والتمر إذا غلا واشتد قبل الطبخ لا يفسق شاربه ولا يحد ما لم يسكر.

وأما الوساق: وهو ما يخرج من البقول الباقية بعد العصير بالماء إذا غلا واشتد ويقذف الزبد ما حكمه؟ اختلفوا فيه قيل إنه بمنزلة الخمر؛ لأن هذا في ماء العنب لم يرد عليه طبخ فيكون حراما كالعصير أيضًا في الذي لم يخالطه ماء وقيل إنه بمنزلة نقيع الزبيب لأنه استخرج ماؤه بما بقي من التفل لا بمائه بخلاف العصير الصافي؛ لأنه استخرج ماؤه بمائه.

وأمّا البخنج وهو ما إذا صب الماء على المثلث حتى يرق، فإن طبخ أدنى طبخة يحل شربه عندهما وإن لم يطبخ اختلف المشايخ فيه على قولهما قيل لا يحل؛ لأن المثلث بمنزلة الزبيب؛ لأنه بالطبخ انضم الآخر بعضها في بعض كما لو ذيّب العنب، فإذا صب فيه الماء صار بمعنى نقيع الزبيب، وقيل يحل؛ لأن هذا طبخ مرة

وبالطبخ فاتت الخمرية وذهبت ريح حبوبه وما هو حط السكر والحرام منه فلا يجب طبخه مرة أخرى للإباحة كما قيل صب الماء فيه بخلاف نقيع الزبيب؛ لأنه نيّء لم يرد عليه طبخ أصلًا فلا بد من الطبخ للإباحة.

وأمّا نبيذ الحنطة والشعير والذرة والسكر والفاتند والعسل والتين ونحوها فهو حلال ومطبوخه حلوه ومرّه؛ لأن المتخذ من غير النخيل والكرم ليس بخمر ولا شيء فيه من الخمرية لقوله عليه السلام: **"الخمر من هاتين الشجرتين"** وأشار إلى النخل والكرم فاقتصرت الخمريّة عليهما.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن السكر منه حرام كما في المثلث ولكن لا حد فيه على من سكر منه وهو الصحيح؛ لأن الحدّ متعلق بشرب الخمر وهذه من جملة الأطعمة ولا غيره بالسكر منه في وجوب الحدّ، فإن البنج يسكر ولبن الرمكة يسكر ولا حد إلا أنه حرم للسكر؛ لأن السكر من البنج حرام فمن هذه الأشربة أولى وإذا طلق امرأته لا يقع كما لو شرب البنج.

ورُوي عن محمد أن شرب ذلك حرام ويجب الحد بالسكر منه ويقع طلاقه؛ لأن هذا سكر حصل من مشروب مطرب والشرع أوجب الحد بالسكر من مشروب مطرب لجنايته على عقله كما في النبيذ.

ورُوي عن أبي حنيفة: لا بأس بالخليطين التمر والعنب والزبيب والتمر؛ لأن كل واحد لو نبذ بالانفراد حل فكذا إذا اجتمعا ويشترط ذهاب الثلثين حالة الاجتماع كما يشترط حالة الانفراد.

(باب طبخ العصير والعنب)

ولو طبخ العصير بعد غليانه وقذفه بالزبد حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه لم يحل؛ لأن الطبخ اعتبر في الشرع للمنع في ثبوت الحرمة فلا يؤثر في إبطال الحرمة الثانية قطعًا؛ لأن الحرمة الثانية قطعًا لا ترتفع بدليل مجمل، وهل يجب الحد بشربه ذكر القدوري أنه يجب؛ لأن الطبخ لم يغير الاسم، ولم يزل معنى وهو الخمرية.

وذكر محمد في الأصل ما يدل على أنه لا يجب فإنه قال إذا صبّ الخمر في

مرقة ثم حسا لا حد عليه ما لم يسكر ولم يعتبر الغالب والمغلوب؛ لأنه ورد عليه الطبخ وهو الأصح أنه ليس بخمر لغة، فإن الخمر لغة عن النيّئ من ماء العنب وهذا حال ما يشربه مطبوخ وليس بنيّئ فتمكنت فيه شبهة عدم الخمرية والحد يدرأ بالشبهة.

ولو طبخ العنب لم يحل له في أصح الروايات حتى يذهب ثلثاه؛ لأن العصير قائم فيه فيستوي اعتبار الطبخ فيه قبل العصر وبعده.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحل بأدنى طبخه لأنّه بمنزلة الزبيب، ولو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثه وتركه حتى يرد ثم أعاد الطبخ حتى ذهب نصف ما بقي ثم أعاد الطبخ قبل أن يغلي ويتغير عن حال العصير فلا بأس به؛ لأن الطبخ وجد قبل ثبوت الحرمة بالغليان والشدة وإن أعاد بعد أن غلا وتغير فلا خير فيه؛ لأن الطبخ وجد بعد ثبوت الحرمة فلا ينفع، وإذا طبخ عشرة أرطال عصير حتى ذهب منه رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال ثم إذا طبخ البقية حتى يذهب ثلثاه يطبخ حتى يبقى منه رطلان وتسعا رطل؛ لأن الرطل الذي ذهب بالطبخ دخل في تسعه؛ لأنه دخل في أجزاء الباقي ولم يرفع منه فأقسم الرطل العاشر على تسعة أرطال فصار مع كل رطل من التسعة الباقية تسع رطل العاشر؛ لأن العاشر فيه، فإذا أهرق ثلاثة أرطال منها فقد فات ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل وبقي ستة أرطال وستة أتساع رطل فيطبخ حتى يبقى ثلثه وذلك رطلان وتسعا رطل وطريق آخر أن من هذه التسعة الأرطال ثلاثة أرطال وثلث رطل حلال لأنّه ثلث العشرة، فإذا أهراق ثلاثة أرطال منها فقد فات ثلث التسعة وبقي ثلثاها وذهب ثلث ما فيها من الحلال وهو رطل وينقع رطل وبقي ثلاثة أرطال وهي رطلان وتسعا رطل، فإن كان ذهب منها بالغليان رطلان ثم أهرق منها رطلا يطبخ الباقي حتى يبقى رطلان ونصف، ولو ذهب بالغليان خمسة أرطال ثم أهرق منها رطلًا يطبخ الباقي حتى رطلان وثلثا رطل ويخرج على نحو ما ذكرنا. قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في رجل صبّ في قدر عشرة دواريق عصير وعشرين دورقا ماء فإن كان الماء يذهب قبل العصير يطبخه حتى يرده إلى تسعة وذلك ثلث العصير؛ لأنه إذا ذهب الماء أولا يبقى عصيرًا لا ماء فيه فيطبخه حتى يذهب ثلثاه، ومعرفة ذلك أن كل عشرة من الماء

والعصير على ثلاثة أسهم لحاجتك إلى الثلث والثلثين في عشرة دواريق عصير فيكون الماء ستة من تسعة وما ذهب جعل كأنه لم يكن ما بقي العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرّة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل، وإن كانا ينقصان معًا طبخه حتى يذهب الثلثان؛ لأن الباقي ثلثاه ماء وثلثه عصير وقد كان عشرة فقد رد العصير إلى الثلث فحل وقالا في عشرة دواريق عصير فصب في قدر فيطبخ ويغلى ويقذف بالزبد فجعل يأخذ الزبد حتى أخذ قدر دورق، فإنه يطبخه حتى يبقى قدر ثلاثة دواريق ثلث الباقي؛ لأن المأخوذ يجعل كأنه لم يكن؛ لأن الزبد ليس بعصير فبقي في القدر تسعة دواريق فيطبخ حتى يذهب الحرام وهو ثلثا تسعه ويبقى ثلثها وذلك ثلاثة الثمر المطبوخ يمرس فيه العنب والعنب غير مطبوخ فيغليان جميعًا قال يكره؛ لأنه اختلط الحرام بالحلال؛ لأن نبيذ التمر بعد الطبخ حلال والنيِّئ من ماء العنب حرام وقد اختلطا ويعذر التميز بينهما فحرم الكل، ولا يحد شاربه حتى يسكر إذا كان التمر المطبوخ غالبا، وإن كان العنب غالبا يحد كما لو اختلط الخمر بالماء اعتبر الغالب وكذلك هذا.

(النوادر): ذكر المعلى عن أبي يوسف: تمر طبخ ثم ألقي فيه تمر فغلي قال: إن كان ما ألقي فيه لو نبذ على حده كان منه نبيذ فلا خير فيه؛ لأن هذا مطبوخ وينقع وكذا إذا ألقى فيه زبيب، وإن كان ذلك يسيرًا لا ينبذ بنفسه لم يعتد به؛ لأنه لا يحدث فيه الشدة بانفراده فلا يغير حكم المطبوخ.

ولو صب قدح ينقع في جانبه مطبوخ أفسده؛ لأن النقيع المشتد حرام، فإذا اختلط بغيره أفسده.

وروي عن أبي حنيفة: إذا وضع العصير في الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فلا بأس به وهو بمنزلة طبخه بالنار، وكرهه سفيان الثوري فكذلك إذا طلى الخابية بالخردل وجعل فيها العصير ومضى على ذلك مدّة ولم يشتد وهو بحال لا يسكر فلا بأس به في قول أصحابنا رحمهم الله، قال هشام: سألت أبا يوسف: عن رجل شرب تسعة أقداح من نبيذ فلم يسكر فأوجر القدح العاشر فسكر منه لا حد عليه، فإن أوجره تسعة أقداح فلم يسكر فأوجر القدح العاشر فسكر منه يحد.

(باب الانتفاع بالأشربة المحرمة سوى الشرب)

ولا تمشط المرأة بالخمر؛ لأن الانتفاع [بالخمر][(١)] حرام لقوله عليه السلام: "**إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها والانتفاع بها**" ولأنه محرم العين فلا يجوز الانتفاع بها كالميتة والخنزير، ولا يسقى الصبيان ولا غيرهم للدواء؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: إن أولادكم ولدوا على الفطرة فلا تداووهم بالخمر ولا تغذوهم بها، فإن الله لم يجعل في رجس شفاء[(٢)]. وإنما الإثم على من سقاهم.

ولو سقى شاة خمرًا لا يكره لحمها ولبنها لأن الخمر، وإن كانت باقية في معدتها فلم يختلط بلحمها، فإن استحال الخمر لحما فيجوز كما لو استحال خلًا إلا إذا سقاها خمرًا كثيرًا بحيث يوجد رائحة الخمر في لحمها فإنه يكره أكل لحمها كما لو اعتادت أكل الجلة، وكذا لو انتقعت فيها الحنطة ثم غسلت حتى زال طعمها ورائحتها يحل أكلها ولا بأس بالانتفاع بظرف الخمر إذا غسل، فإن كان الظرف عتيقًا أو نحاسا؛ لأنه يطهر بالغسل؛ لأن النجاسة كانت في ظاهره غير متداخلة مسرية في أجزائه، وإن كان جرفا حديدًا يشربها يغسل ثلثًا ويجفف في كل مرة عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يطهر أبدًا، وقد مرّت في كتاب الطهارة.

وأما إذا صارت الخمر فيه خلًا وقد كان الخمر فيه قد غلب ثم تسفل الخل لغليانه قيل لا يطهر الكل حتى يملأ الحب خلًا فيطهر؛ لأن أعلى الحب فوق الخل كان نجسا؛ لأن ما وجد فيه من أجزاء الخمر لم يصر خلًا بل تبين فيه فكان كذلك خمرا، فإذا ملأه خلًا صار أجزاء الخمر الذي فيه خلًا فيطهر وقيل يطهر الكل لأن بخار الخل وشدّة حموضته تجعل أجزاء الخمر التي في أعلى الحب كلها خلًا فيطهر الظرف، وإذا طرح في الخمر سمك وملح فصارت مرما فلا بأس به إذا تحولت من حال الخمرية؛ لأن ما تداخل السمك والملح من أجزاء الخمر صار

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الحرام.

(٢) انظر: عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب الإمام أبي حنيفة ١/٥٥٥.

خلًّا والخمر متى تخللت طهرت فيطهر ما تنجس بمجاورة الخمر وهو السمك والملح فيكون سمكا مرما بالخل فيحل.

ورُوي عن أبي يوسف في النوادر: إذا كان السمك والملح مغلوبًا بالخمر، فإنه يطهر إذا صار خلا، وإن كان غالبًا لا يطهر؛ لأن ما بقي في الخمر صار نجسًا بمجاورة الخمر، فإنه لا يصير خلا بنفسه حتى يطهر فبقي نجسا إلا أن في القليل ضرورة لحاجتنا إلى تخليل الخمر فتركنا القياس فيه ولا ضرورة في الكثير الملقى فلا يطهر كما يقتضيه القياس.

ولو صنع في المريء خمرًا فطبخ لم يحل؛ لأنه نجس قبل الطبخ فلا يحل بالطبخ ولا يحد شاربه؛ لأنه شرب المريء النجس دون الخمر؛ لأنه بعد الطبخ والخلط لم يبق نيئًا من ماء العنب ولا بأس بتخليل الخمر، بأن ألقي فيها خلًّا أو ملحًا أو سمكًا أو بيضًا أو نقلها من الظل إلى الشمس حتى صار حامضًا يحل شربه خلافًا للشافعي لما روي أن النبي عليه السلام مرّ بشاة ميتة لآل ميمونة فقال: "**هلّا انتفعتم بإهابها**". فقيل إنها ميتة فقال: "**إيّما إهاب دبغ فقد طهر**" كالخمر تخلل فتحل ولأن هذا ينبغي في تطهير عين نجسة لأنه يطهرها بالتخليل لأن به تزول صفة الخمرية وهي صفة نجسة ويثبت صفة الخلية وهي صفة طاهرة فلا بأس به كدبغ جلد ميتة وغسل نبات بخسةٍ، ولو كان الخمر فيها حموضة غالبة وفيها طعم المرارة، فإنه لا يحل ما لم تزل المرارة بالكلية عند أبي حنيفة وعندهما يحل واعتبر الغالب منها وكذلك تعليل التغير من العصير إلى الخمرية لا يصير خمرا عنده وعندهما يصير خمرا.

كتاب الشفعة

تحتاج إلى معرفة: مشروعية الشفعة، وتفسيرها، وسبب ثبوتها، وركنها، وشروط ثبوتها، وحكمها.

أمّا مشروعيتها: فلقوله عليه السلام: "**الجار أحق بسقبه**" وفي رواية: بصقبه بالصاد والعرب تبدل أحدهما بالآخر لقرب المخرج، وأراد بقوله: بسقبه أي أحق نسب قربه أو لقربه فالحق اسم لما هو لازم فأحق أن يكون ألزم وقوله عليه السلام: "**الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره**" وعليه إجماع الأمة.

وأما تفسيرها لغة: فالشفعة في اللغة مأخوذ من الشفاعة أو من الشفع وهو من انضمام الشيء إلى الشيء وفي متعارف الشرع يراد بها تملك المنفعة المشتراة بمثل الثمن الذي قام على المشتري وإنما سمي هذا النوع من التمليك شفعة لما فيه من وجود معنى الشفاعة وهو ترك صاحب الحق حقه على المشفوع له شفاعة الشفيع وبقاء المشتري بترك حقه على الشفيع بأمر الشرع فكان فيه معنى الشفاعة من هذا الوجه.

وأمّا سبب ثبوتها: فالشركة أو الجوار مع الشراء بدليل أنه لو سلم الشفعة قبل الشري لم يصح، ولو كان الشري شرطا لثبوت حق الشفعة وجب أن يصح التسليم قبله لأن الإبراء عن الحق بعد وجود سبب الثبوت جائز فلما لم يصح التسليم قبل الشراء علمنا أنه سبب مع الشركة أو الجوار وذلك لأن لكل واحد منها أثرًا في إيجاب الشفعة؛ لأنها وجبت لدفع ضرر الدخيل ضرر أدنى المجاورة وسوء المصاحبة وضرر الدخيل إنما يتحقق بهما فيصير كلاهما سببا.

وأما شرط ثبوتها: كون المحل عقارا لا منقولا؛ لأن الشفعة ثبتت في العقار لا في المنقول لما تبيين.

وأمّا حكمها: فوقوع الملك للشفيع في البقعة المشفوعة بعد الأخذ.

(باب ما تستحق به الشفعة)

الشفعة تستحق معاني الشركة في البقعة أو الشركة في الحقوق أو الجوار الملاصق، وعند الشافعي لا تستحق إلا بالشركة في نفس المبيع فيما يحتمل القسمة.

والصحيح قولنا لقوله عليه السلام: "جار الدار أحق بشفعة الدار" ولأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل وهو ضرر سوء الصحبة وأدنى المجاورة وهذا الضرر مما يدوم طول عمره وربما يضطر إلى الانتقال من الدار التي هي خطة إيابه ومولده ومنشأه وهجران من يوافقه من الجيران وإنه ضرر لا يقابله عوض وضرر المشتري باطل ملكه ساعة ضرر لا يدوم وإنه ضرر يقابله عوض يعدله فكان ضرر الأصيل أعلى فيجب دفع الضرر الأعلى ليحمل الأدنى إلا أن حقيقة الضرر باطن والاتصال بين الملكين بسبب ظاهر فصار الاتصال بين الملكين سببًا لاستحقاق الشفعة كما في الشريك فالشفعة أولى للشريك في نفس المبيع، فإن سلم فللشريك في حقوقه كالشريك في الطريق والشرب، فإن سلم للجار الملاصق.

ورُوي عن أبي يوسف: إذا سلم الشريك الشفعة فلا شفعة لغيره؛ لأن السبب لم ينعقد موجبًا للشفعة للجار بدليل أنه لا يملك المطالبة بها والوجوب حكم شرعي يعرف بظهور أثره وهو ملك المطالبة، فإذا لم يظهر أثره وهو ملك المطالبة لم يظهر الوجوب أصلًا. وجه ظاهر الرواية أن سبب استحقاق الشفعة وجد في حق كل واحد وهو الاتصال بين الملكين لدفع ضرر الدخيل إلا أنه قدم البعض على البعض لرجحان السبب في قوته، فإن الاتصال في الشركة أكثر والضرر من الشريك في البقعة أكثر من الضرر من الشريك في الحقوق، والضرر من الشريك في الحقوق أكثر من الضرر من الجار الملازق الذي بينهما حد فاصل فاعتبرنا أصل سببًا لاستحقاق الشفعة دفعًا للضرر الناشئ عنه فاعتبر بأكثره الاتصال وكثرة الضرر للترجيح، فإذا أسقط الشريك حقه بالتسليم كان للآخر أن يستوفيه لقيام السبب في حقه وإذا تصدق البائع بقطعة من الدار وطريقها إلى باب الدار وسلم ثم باع الباقي

لا شفعة للجار؛ لأن الشريك في الطريق أولى من الجار وهذه حيلة لإسقاط شفعة الجار، فإنه يهب البائع منه قطعة من الدار بطريقها ليصير شريكًا في الطريق ثم يبيع منه البقية ولا شفعة للجار المقابل؛ لأن ضرره دون ضرر [المجاور]، والشرع ورد بالشفعة في حق هؤلاء دفعًا للضرر عنهم فلا يقاس عليهم غيرهم مع التفاوت في الضرر والنص الوارد في الجار الملازق ولا يكون واردًا في الجار المقابل؛ لأنه لا اتصال للمقابل بالمبيع فيمكن النقصان في جواره فلا يدخل تحت اسم الجار والشفعة على عدد الرؤوس دون قدر السهام.

وقال الشافعي: على قدر السهام.

وصورته: إذا كانت الدار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع صاحب النصف نصيبه، فإنه يقسم ما باع بين الشريكين نصفين.

وقال الشافعي رحمه الله يقسم بينهما أثلاثا.

والصحيح قولنا؛ لأنهم استووا في علة الاستحقاق؛ لأن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدره؛ لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل، ولا يندفع الضرر إلا إذا جعل أصل الملك سببًا؛ لأنه لو استحق بقدر ملكه يبقى الدخيل بعده فلا يندفع الضرر عنه، ولهذا لو كانت الدار بين اثنين لأحدهما كثير وللآخر قليل فباع صاحب الكثير يستحق صاحب القليل الكل بالشفعة.

ولو كانت العلة قدر الملك لما أخذ إلا بقدر الملك إلا أنه صار أصل الملك علة لمعنى وهو دفع الضرر، والحكم يدار على العلة لا على المعنى تيسيرًا كما في السفر والسلم.

(فصل)

سكة عظيمة غير نافذة وفيها سكة أخرى صغرى فبيعت دار في السكة العظمى فالشفعة لأهل السكتين جميعًا؛ لأن للكل حق المرور في السكة العظمى، فكان الكل شريكًا في طريق السكة العظمى، وليس لأهل السكة العظمى حق المرور في السكة الصغرى؛ لأن طريق الصغرى غير طريق العظمى لاختلاف السكتين بخلاف

السكة الواحدة إذا بيعت دار في أقصاها فالأعلى من أهل السكة والأقصى سواء في الشفعة، وإن لم يكن للأعلى حق المرور في الأقصى؛ لأن للكل شركة في أول السكة إلا أن شركة البعض أكثر وشركة البعض أقل فلا عبرة للكثرة والقلة سكة غير نافذة بيعت فيها دار فأهلها شفعاء؛ لأنهم شركاء في حقوق المبيع سواء، وإن كان فيها عطف إن كان مربعا فأصحاب العطف أولى بما بيع في عطفهم؛ لأنهم بسبب التربيع يصير العطف المربع كالمنفصل عن السكة؛ لأن هيأة الدور في العطف المربع يخلف هيأة الدور في السكة فصار العطف المربع بمنزلة سكة أخرى فصارت سككه في سكة، ولهذا يمكنهم نصف الدرب في أعلاها وهم أهل السكة فيما بيع في السكة سواء كما لو بيعت دار في السكة العظمى فهم وأهل السكة الصغرى فيها سواء فكذا هذا.

وإن كان العطف مدورا فالكل سواء؛ لأن العطف المدور اعوجاج في بعض السكة وبذلك لا يصير بمنزلة سكتين؛ لأن هيأة الدور فيها لا تتغير بسبب الاعوجاج فكانت سكة واحدة درب غير نافد فيه دور لقوم فباع واحد بيتا شاركا في السكة العظمى على أن لا طريق له في الدار فلأصحاب الدرب أخذه بالشفعة؛ لأنهم شركاء في الطريق، فإن سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لهم وإنما الشفعة للجار الملازق لأنه لما باع البيت أولا بطريق طريق لم يبق للبيت طريق في الدار فلم يبق أهل الدرب شركاء في الطريق وقت الشركاء الثاني يلاق البيع الأول؛ لأنه حين باع كان للبيت طريق في الدرب فكان أهل الدرب شركاء في طريق البيت. درب غير نافذ في أسفله مسجد ظهره إلى الطريق الأعظم خطه الإمام فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لأهل الدرب إلّا من جاورها، وإن كان حول المسجد بيوت تحول بينه وبين الطريق الأعظم فالشفعة لكل أهل الدرب؛ لأن المسجد متى لم يكن حوله سكة كان بمنزلة الطريق النافذ؛ لأن الإمام حين اختط هذا المسجد كان له أن يفتح بابًا إلى الطريق الأعظم وكذا لأهل المسجد أن يفتحوا بابًا إلى الطريق الأعظم والدخول فيه للصلاة، وإمكان الفتح كالفتح.

ولو فتح الإمام الباب وقت الاختطاط كانت السكة نافذة فكذا إذا أمكنه الفتح ولم يفتح.

ولو كان مكان المسجد دارًا اتخذوها مسجدًا فكذلك لهم الشفعة؛ لأن صاحب الدار لو فتح بابًا إلى الطريق الأعظم لا تصير السكة نافذة؛ لأن الشركة في الطريق قبل الفتح بينهم كانت شركة خاصة والحق كان ثابتًا لهم فلا يبطل بفعل محدث بخلاف ما لو خط الإمام مسجدا؛ لأنه لو فتح الإمام بابه إلى الطريق الأعظم لا يصير بفتح الباب قاطعا شركة خاصة على أحد بل مبقيا الطريق على الشركة العامة كما كان قبل القسمة فكذا إذا لم يفتح؛ لأن إمكان الفتح كالفتح دار فيها طريق إلى الدرب ويخرج من باب آخر منها إلى الطريق الأعظم، فإن كان طريقًا للناس فلا شفعة لأهل الدرب؛ لأن السكة نافذة وإن كان طريقًا لأهل الدرب خاصّة فهم شفعاء؛ لأن السكة غير نافذة، فإذا كان بين الدارين طريق نافذ فلا شفعة إلّا للجار الملاصق والطريق النافذ الذري لا يستحق به الشفعة ما لا يملك أهله سده ويتعلق به حق جميع المسلمين.

فأمّا إذا كان الطريق النافذ مملوكًا فهو في حكم غير النافذ، ألا ترى أن لهم أن يسدوه ويمنعوا الناس من استطراقه. اشترى بيتًا علوه لآخر وطريق البيت في دار أخرى فالشفعة لمن في داره الطريق؛ لأن صاحب العلوّ جار والذي له شرك في الطريق خليط والخليط مقدم على الجار.

(النوادر): دار بيعت ولها بابان في زقاقين ينظر إن كانت في الأصل دارين باب أحدهما في زقاق وباب الآخر في زقاق آخر فاشتراهما رجل واحد ورفع الحائط بينهما حتى صار كلها دارًا واحدة فلأهل كل زقاق أن يأخذوا الجانب الذي يليه؛ لأنه كان لأهل كل زقاق جوار بأحدهما، وإن كانت في الأصل دارًا واحدة ولها بابان فالشفعة لأهل الزقاقين في جميع الدار بالسوية؛ لأن الدار لما كانت واحدة في الأصل كان الجوار لكل دار ثابتا لأهل الزقاقين فكانت العبرة للأصل لا للعارض ونظير هذا الزقاق إذا كان في أسفله زقاق آخر إلى الجانب الآخر فرفع الحائط بينهما حتى صار الكل سكة واحدة كان لأهل كل زقاق شفعة في الزقاق التي لهم خاصة ولا شفعة لهم في الجانب الآخر وكذا سكة غير نافذة فرفع الحائط من أسفلها حتى صارت نافذة فهم فيها شركاء؛ لأن المنفذ محدد وإنما ينظر إلى أول

الأمر لا إلى ما صار في الانتهاء. أرض بين قوم اقتسموها بينهم ورفعوا طريقًا بينهم فجعلوها نافذة ثم بنوا دورًا وجعلوا أبواب الدور شارعة إلى سكة فباع بعضهم دارًا فالشفعة بينهم سواء؛ لأن هذه السكة وإن كانت نافذة فكأنها غير نافذة؛ لأن لهم أن يسدُّوا المنفذ فكذلك لو قالوا جعلناها طريقًا للمسلمين؛ لأن لهم أن يرجعوا ويسدوا الطريق وهو الأصح.

له: اثنان في دار كل واحد فوق الآخر، وكل واحد لإنسان فباع واحد منهم بيته، فإن كان طريق الكل في الدار فللباقيين أن يشتركا في الشفعة لاستوائهما في شركة الطريق، وإن كان أبوابهما في السكة، فإن باع الأوسط كان للأعلى والأسفل أن يأخذوا بالشفعة لأنهما جاران له، وإن باع الأعلى أو الأسفل والأوسط أولى؛ لأنه هو الجار الملازق دون الأعلى أو الأسفل. رجل اشترى دارًا من سكة غير نافذة ثم اشترى دارًا أخرى، فإن لأهل السكة أن يأخذوا الدار ويكونوا شركاء في الثانية؛ لأن وقت شراء الدار الأولى لم يكن المشتري شريكهم في السكة ووقت شراء الدار الثانية كان شريكهم في السكة. دار كثيرة فيها مقاصير باع صاحب الدار مقصورة أو قطعة معلومة أو بيتًا فلجار الدار الشفعة فيها كان جاريا من أي نواحيها؛ لأن المبيع من جملة الدار، والشفيع جار للدار فكان جارًا للمبيع، وإن سلم الشفعة ثم باع المشتري المقصورة أو القطعة المبيعة لم تكن الشفعة إلا لجارها؛ لأن المبيع صار مقصودا أو مفردا بالملك فخرج من أن يكون بعض الدار. دار بين ثلاثة نفر فاشترى رجل نصيبهم واحدًا بعد واحد فللجار أن يأخذ الثلث الأول وليس له على الثلثين الباقيين سبيل؛ لأن المشتري في الثلثين الباقيين صار شريكًا وقت شرائهما والشريك مقدم على الجار ولا شركة وقت شراء الثلث الأول.

ولو كانت الدار بين أربعة نفر فاشترى رجل نصيب الثلث واحدًا بعد واحد والرابع غائب فحضر فله أن يأخذ نصيب الأول وحده وهو في نصيب الآخرين شركة لما قلنا.

ولو اشترى أحد الأربعة نصيب الاثنين واحدًا بعد واحد ثم حضر الرابع كان شريكًا في النصيبين جميعًا؛ لأن المشتري شريك وقت شري النصيبين وفي المسألة

المقدمة غير شريك وقت شراء نصيب الأوّل. سفل بين رجلين ولأحدهما علو بينه وبين آخر فباع الذي له شركة في العلو والسفل نصيبه منهما فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ولشريكه في العلو الشفعة في العلو؛ لأن الشريك في السفل جار في حق العلو أو شريك في الحقوق وإذا كان طريق العلو فيه وشريك العلو جار في حق السفل والشريك في المبيع مقدم على الجار وعلى الشريك في الحقوق.

ورُوي عن أبي يوسف رجل له علو في دار لرجل وطريقه فيها وبقية الدار لآخر فباع صاحب العلو العلو بطريقه فلصاحب السفل الشفعة بالجوار؛ لأن ملك كل واحد منهما متصل بالآخر فكانا جارين؛ لأن الجوار ليس إلا اتصال الملك وقد وجد إلا أنه وجد طولا فصار كما لو وجد عرضا.

ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل آخر فالشفعة لصاحب الطريق لا لصاحب السفل؛ لأن الشريك في الطريق مقدم على الجار، فإن سلم صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملازق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لأنهما استويا في الجوار، فإن لم يكن الجار ملازقا وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له؛ لأنه ليس بجار. وعن أبي يوسف بيت عليه غرفتان إحداهما فوق الأخرى، ولكل غرفة طريق في دار أخرى وليس بينهم شركة في الطريق فباع صاحب البيت الأوسط بيته وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفل جميعًا؛ لأنهما تساويا في الجوار فإن باع صاحب العلو كانت الشفعة للأوسط دون الأسفل.

(**الزيادات**): وإذا بيع السفل فلصاحب العلو الشفعة بجواره إذا لم يكن طريقهما مشتركًا وهو كدارين متجاورتين لأحدهما حسب على حائط الآخر فصاحب الحسب لا يستحق الشفعة إلا بالجوار وإن لم يأخذ حتى انهدم البناء أو كان مهدوما حين البيع فلا شفعة عند أبي يوسف خلافًا لمحمد.

له: أن الشفعة في العلو لا تستحق بغير البناء؛ لأنه مما يحول وينقل، والمنقول لا يستحق بالشفعة وإنما يستحق بسبب قرار الملك البناء وهو حق التعلي وهذا قائم؛ لأن غير البناء ليس بمستدام وإنما المستدام حق قرار البناء والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل على سبيل الدوام.

لأبي يوسف: أن الشفعة إنما تستحق بما هو مملوك للشفيع بدليل أن الساكن لا يستحق الشفعة لانعدام الملك، والهواء غير مملوك؛ لأن الهواء ليس بمحل للعقد وكذا حق التعلي؛ لأنه لا يجوز بيعه من غير بناء وإنما البناء مملوك له، وقد انعدم البناء فانعدم ما يستحق به الشفعة قبل أن يأخذ فتبطل شفعته كما لو باع ملكه قبل البيع فكذلك مجرد الممر من غير ملك الطريق أو مجرد حق إجراء الماء من غير ملك النهر فهو وساحة العلو سواء لا يستحق بالشفعة على الانفراد كما لا يستحق بالشفعة.

ولو باع العلو فذهب السيل ببنائه قبل القبض بطل البيع؛ لأن المبيع هو البناء دون الهواء؛ لأنه ليس بمحل للعقد وهلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع.

(النوادر): ولو أوصى بغلّة دار لرجل وترقبها لآخر فبيعت دار بجنبها فشفعتها لصاحب الرقبة؛ لأن السبب تحقق في حقه وهو الجوار، ولو اشترى دارًا فلم يقبضها حتى بيعت بجنبها دار أخرى فله الشفعة؛ لأنه ملكها بالبيع فثبت له الجوار.

(باب الشفعة في الأنهار والطرق والحيطان)

والشريك في الأرض أحق من الشريك في شرائها؛ لأنه شريك في نفس المبيع وصاحب الشرب شريك في حقوقه والشركاء في النهر الصغير أحق من الجار ومن الكبير الجار أحق؛ لأن الشركة في النهر الصغير شركة خاصة والشركة الخاصة معتبرة في استحقاق الشفعة كالشركة في طريق خاص والشركة في النهر الكبير شركة عامة وهي غير معتبرة في استحقاق الشفعة كالشركة في طريق عام نافذ؛ لأنها لو اعتبرت في الاستحقاق لم تفد؛ لأنه لا يصيب كل واحد من الشركاء ما ينتفع به من الأرض المبيعة لكثرتهم وما لا ينتفع به من الملك يكون وجوده وعدمه بمنزلة.

ثم قال محمد: النهر الكبير ما يجري فيه السفن ولم ينص على التجديد في النهر الصغير، واختلف مشايخنا فيه قيل: الصغير ما لا يجري فيه السفن، وقيل الصغير ما يتفرق ماؤه بين الشركاء وينفذ إذا انتهى إلى آخر الأرض ولا يكون له منفذ إلى المفاوز وإلى الأوارق، والكبير ما يكون له منفذ إلى المفاوز وإلى الأوارق كما في

السكة إن كانت نافذة فهي عامة وإن كانت غير نافذة فهي خاصة وقيل الصغير أن يشترك فيه ما دون المائة، والكبير أن يشترك فيه مائة فما فوقها استدلالًا كما لو أعتق واحد من الغانمين عبدًا من المغنم نفذ الأحرار بدار الإسلام قبل القسمة إن كان الغانمون أقل من مائة ينفذ عتقه واعتبر شركة خاصة، وإن كانوا مائة لا ينفذ فاعتبر شركة عامة. نهر لرجل عليه أرضون ولآخرين عليه أرضون ولا شرب لهم فيه فبيع النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة لتساويهم في جوار النهر، وإن بيعت الأرض خاصة فالملازق لها أولاهم بالشفعة؛ لأن الملازق جار الأرض، وليس للآخرين جوار الأرض ولا لهم شركة في الشرب ولا في رقبة النهر، ولو بيعت الأرض والنهر جميعًا فهم شفعاء في النهر ويختص ملازق الأرض بشفعتها؛ لأن للكل جوارًا بالنهر وللملازق جوار بالأرض خاصة فاختص بشفعتها وهذا بمنزلة طريق في دار لرجل فباع الطريق وهو له خاصّة، فالطريق لجار الطريق والأرض لجار الأرض، وهذه المسألة تدل على أن من باع أرضين ولرجل آخر أرض تلازق بعض الأراضي دون البعض فله أن يأخذ التي تلازق أرضه دون الأخرى إذا كان الآخر يطلب الشفعة ما كان لزيق أرضه، وإن كان الآخر لا يطلب شفعة ما كان لزيق أرضه فالآخر يطلب، ويقال للطالب: إما تأخذ الكل أو تدع إذا لم يرض المشتري بتفريق الصفقة نفيا للضرر عنه.

ولو اشترى رحى وبيتها ولرجل أرض يلازق البيت ومن الجانب الآخر من النهر أرض لآخر يلزق بالنهر ولا يلازق البيت فهما في الشفعة سواء؛ لأن الرحا من النهر كسبي واحد؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بالرحا بدون النهر وهما في النهر سواء فيكون النهر مع الرحا بينهم بالسويّة بخلاف الأرض مع النهر؛ لأنه أمكن الانتفاع بالأرض بدون النهر بأن يبني عليها ويتخذ منها اللبن وذلك من منافع الأرض، وكذلك النهر فيما ينتفع به منافع النهر بدون الأرض بإمرار الماء فيه إلى الحياض وإلى الأراضي فصار كدارين مختلفتين فجيران كل واحدة منهم أولى من الآخرين.

وقال محمد: إذا انشق من هذا النهر نهر يتربع فيه أرضون فأصحاب التربيع أحق بما فيه بمنزلة سكة غير نافذة فيها عطف مربع، وصورته إذا نزع من هذ النهر نهر

آخر فبيعت أرض بشربها من هذا النهر النازع فأهل النهر النازع أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير المنزوع عنه لأنهم يختصون بشرب النهر النازع.

وإن بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع سواء كما في السكة فيها عطف مربع. قال محمد: قراح وجد في وسطه ساقية جارية يشرب هذا القراح منها من الجانبين فبيع القراح، فجاء الشفيعان أحدهما على هذه الناحية من القراح والآخر يلي الجانب الآخر قال هما شفيعان في القراح وليست الساقية بحائلة؛ لأن الساقية في حقوق هذا القراح فلا يعتبر فأصله كالحائط الممتدّة، ولو كانت هذه الساقية بجوار القراح ويشرب منها ألف جريب خارجة من هذا القراح قال أصحاب الساقية أحق بالشفعة من الجار؛ لأن لهم شركة في الساقية.

(فصل)

دار بين رجلين، ولأحدهما حائط في الدار بينه وبين آخر بأرضه فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه من الدار والحائط فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في الحائط أحق بالحائط وهو جار في بقية الدّار، وكذلك لو كان مكان الحائط بئر مشتركة؛ لأن البئر والحائط ليسا من حقوق الدار فكان الشريك فيهما جارًا للدار والشريك في نفس المبيع مقدم على الجار.

ورُوي عن أبي يوسف وزفر: حائط بين داري رجلين بينهما فصاحب الشركة في الحائط أولى بالحائط من الجار وبقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار.

وكذلك بيت بين رجلين في دار رجل فباع الرجل الدار فالشريك في البيت أولى بالبيت وبقيّة الدار هبة وبين الدار؛ لأنه يساوي الجار في البقية، وروي عن أبي يوسف الشريك في الحائط أولى ببقية الدار وهو الأصح؛ لأن الشركة في نفس المبيع ثابتة؛ لأن الحائط من جملة الدار والشريك في بعض المبيع أولى من الجار.

وذكر محمد مسألة تدل على أن الشريك في الحائط أولى فقال في حائط بين دارين ولكل واحد منهما عليه حسب ولا يعلم أن الحائط بينهما إلّا بالحسب فبيعت إحدى الدارين، فإن أقام الآخر البينة أن الحائط بينهما فهو أحق به من الجار.

وقوله: أحق من الجار ظاهره يقتضي أنه أحق بالجميع وإن لم يقم له بينة لم أجعله شريكا؛ لأن استحقاق الحائط ثبت باعتبار الظاهر والشفعة لا تستحق بالظاهر.

ورُوي عن أبي يوسف فيمن اشترى حائطًا بأرضه ثم اشترى ما بقي من الدار ثم طلب جار الحائط الشفعة فله الشفعة في الحائط ولا شفعة له في بقية الدار؛ لأن الحائط حائل بينه وبين ملكه في بقية الدار فلم يكن جارًا لبقية الدار وقت المبيع فلا تجب به الشفعة.

قال أبو يوسف ومحمد: دار بين ثلاثة نفر وفيها بئر وطريق بين اثنين منهم خاصّة فباع من له شركة في الدار والبئر والطريق نصيبه من الدار فالشفعة لمن له شركة في الكل لا لمن له شركة في الدار خاصّة لأن الشركة في البئر والطريق أمكن أن يعتبر ترجيحا للشركة في الدار؛ لأن البيع والطريق بيع للدار لأنهما من حقوق الدار ومرافقها فكانت الشركة فيهما تبعًا للشركة في الدار، وبيع الشيء بمنزلة صفته وما يصلح صفة للعلة يصلح ترجيحا للعلة كقرابة الأب في الإخوة لما صلحت صفة للعلة اعتبرت ترجيحا بخلاف ما لو كان لأحدهما زيادة نصيب في المبيع على الآخر لا يترجح صاحب الكبير على صاحب القليل؛ لأن كل جزء من نصيبه أصل في الدار وليس تبيع للجزء الآخر ولا صفة له فلم يمكن أن يعتبر ترجيحا كالزيادة في عدد الشهود.

ورُوي عن أبي يوسف: لو أن رجلًا له مسيل ماء في دار بيعت كانت له الشفعة بالجوار؛ لأن الشركة وليس المسيل كالشرب؛ لأن صاحب المسيل يختص بمسيل الماء ليس للآخر معه شركة في شيء فصار كحائط لصاحب إحدى الدارين في الأخرى.

(باب من يستحق الشفعة)

والصغير والكبير والحر والعبد والمسلم والذمي والمأذون والمكاتب في الشفعة سواء لأنها شرعت لدفع الضرر فالكل سواء في ذلك والخصم فيما يجب

بالشفعة للصبي أو عليه وليه الذي يتصرف في ماله فإن لم يكن للصبي أحد فأخذها يقف على بلوغه لقوله عليه السلام: "**ينظر للشفيع إذا كان غائبا**" فكذلك إذا كان عاجزًا، ولأن حق الشفعة متى ثبت لا تبطل إلا بترك الطلب بعد سماع المشتري مع القدرة على الطلب أو التسليم ولم يوجد واحد منها من الصغير، وكذلك أهل العدل وأهل البغي في الشفعة سواء لأنهما يستويان في نسبهما وهو الملك ولا شفعة له فيما باع أو بيع له وله الشفعة فيما اشترى أو اشتري له، وكذلك لا شفعة للوكيل فيما باع وله الشفعة فيما اشترى؛ لأن إيجاب الشفعة للبائع تؤدي إلى التضاد لأنه يؤدي إلى أن يكون البائع مملكًا ومزيلًا للملك بالبيع ومتملكًا بالشفعة في ساعة واحدة لأنه كما صار مملكًا بالبيع يثبت له حق الشفعة فيصير متملكًا بالشفعة والواحد لا يصلح مملكًا ومتملكًا في ساعة واحدة.

فأمّا إيجاب الشفعة للمشتري لا يؤدي إلى التضاد والتناقض؛ لأن التملك بالشفعة مثل التملك بالشراء لا تنافي بينهما بل يكون أحدهما مؤكدا ومقررا للآخر إذا كان فيها شفيع آخر فكانت الشفعة مقيدة باعتبار أنها مقررة لملكه فكذا لو باع عقارًا وشرط الخيار لغيره وأمضى ذلك الغير البيع وهو شفيع فلا شفعة له؛ لأنه يتبرع منزلة البائع في إمضاء البيع.

ولو كان المشتري شرط الخيار لغيره فأجاز وهو شفيع فله الشفعة؛ لأنه قائم مقام المشتري في إتمام البيع وإمضائه وإذا باع المولى فلعبده المأذون أن يأخذ بالشفعة إن كان عليه دين؛ لأن المأخوذ لا يكون للمولى رقبة وتصرفًا عند أبي حنيفة وعندهما تصرفًا فكان أخذه وأخذ أجنبي آخر سواء، وإن لم يكن عليه دين لا يأخذه؛ لأن المأخوذ ملك المولى.

(النوادر): رجل أجر داره مدّة معلومة ثم باعها قبل مضي المدّة والمستأجر شفيعها فالبيع موقوف على حق المستأجر لقيام الإجارة، فإن أجار المستأجر البيع نفد في حقه وكان له الشفعة لوجود سببها، وإن لم يجز البيع لكن طلب الشفعة بطلت الإجارة لأنّه لا صحة للطلب إلا بعد بطلان الإجارة بخلاف ما لو باع. مَن أجر دارًا على أن يكفل فلان بالثمن وفلان شفيعها فكفل حيث لا شفعة له؛ لأن

الكفالة لما كانت مشروطة في البيع لا يجوز البيع ما لم يكفل؛ لأن الجواز صار مضافًا إلى الكفالة فصار الكفيل بمنزلة البائع لما مرّ في البيوع وهنا البيع جائز من غير إجازة المستأجر عن توقيف في حقه فصار بمنزلة ما لو باع دارًا على أن لفلان الخيار وفلان شفيعها كان له الشفعة فكذا هذا.

(باب فيما يثبت الشفعة)

ولا شفعة في غير العقار، وقال ابن أبي ليلى: يجب في المنقولات بالشركة لا بالجوار.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**لا شفعة إلّا في أرض أو ربع**".

وحديث عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**الشفعة في كل شيء حتى الرقيق**" لم يصح؛ لأن هذا الحديث لما بلغ عطاء لم يلتفت إليه، ولأنه ورد فيما تعم به البلوى، ولم يشتهر ولم يستقص فلم يصح، ولأن ضرره في المنقول يمكن دفعه بالبيع وبيعه لا يعدّ ضررًا عظيمًا؛ لأن المنقول معد للبيع لا للإمساك والدوام بخلاف العقار؛ لأنه لا يشترى إلا للتأبيد والاقتناء لا للبيع فمتى تضرر من جهة الدخيل لا يمكن دفعه إلا بالمرافعة إلى القاضي أو بالبيع وفي كل ذلك مضرة عظيمة.

ولو اشترى شجرة ليقطعها أو بناء ليقلعه لا شفعة فيه؛ لأن المبيع هو المقطوع والمقلوع، فإنه منقول، وتجب الشفعة في البئر والنهر والعين؛ لأن المبيع أرض ويخشى فيها التأذي والضرر على الدوام. اشترى رحا ماء تجب الشفعة وما كان مركبا في بنائه يدخل في الشفعة؛ لأنه عقار وما كان مركبا فيه يكون تابعًا للبناء فكان بمنزلة البناء، والحجر السفلى يدخل دون العليا؛ لأن السفلى تركب في البناء دون العليا.

ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يوجد بلا صيد يستحق الأجمة والقصب بالشفعة دون السمك؛ لأنه منقول والقصب مثبت في الأرض ومتصل بها فكان بمنزلة البناء، وتجب الشفعة في العقار فيما يقسم وما لا يقسم كالحمام والرحا والبئر والنهر والدور الصغار.

وعند الشافعي: لا شفعة فيما لا يقسم بناء على أن عنده الشفعة تجب لدفع ضرر المقاسمة وعندنا تجب لدفع ضرر التأذي لا لدفع ضرر المقاسمة؛ لأنه حق يستحق عليه شرعا وإيفاء حق مستحق عليه شرعا لا بعد إضرار أو ضرر أذى المجاورة وسوء المصاحبة قد يتحقق فيما يقسم وفيما لا يقسم، ولا شفعة فيما لا يجوز بيعه من العقار كالأوقاف المؤبدة والخانات المسبلة عند من يرى جواز الوقف؛ لأن حق الشفعة يبنى على صحة المبيع.

وذكر في النوازل دار بيعت بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف حتى يأخذها القيم؛ لأن الشفعة تستحق بحق الملك والموقوفة ليست بمملوكة لأحد في الحقيقة ولا شفعة إلا في عقد هو معاوضة المال بالمال كالبيع وما هو بمعناه كالصلح والهبة بشرط العوض، ولا شفعة فيما يملك بغير بدل كالهبة والصدقة والميراث والوصيّة والخلع والصلح عن دم العمد؛ لأنه تعذر تملكه بغير عوض؛ لأنه ضرر محض وهو لم يشرع عليه وتعذر تملكه بالقيمة؛ لأن الشرع شرعها بمثل ما يملك به الدخيل ولم يوجد.

ولو وهب عقارًا بشرط العوض فلا شفعة فيه حتى يتقابضا، فإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة خلافًا لزفر بناء على أن الهبة تنعقد تبرعًا ابتداء وتتم معاوضة انتهاء عند اتصال القبض فما لم يتقابضا لا يكون في معنى البيع وعنده تنعقد معاوضة ابتداء وهي مسألة كتاب الهبة.

وإن وهب بعض عقار فيما يقسم بشرط العوض لا شفعة فيه وإن تقابضا؛ لأن الهبة بشرط العوض تنعقد هبة ابتداء والهبة في مشاع يحتمل القسمة لا يجوز فانعقدت الهبة في الابتداء فاسدة والتمام بناء على الابتداء فيكون التمام بيعًا فاسدًا وكذلك الصدقة والنحل والعمرى، ولو أوصى بأن تباع داره من فلان بألف فباع الوارث أو الوصي منه فقبل الموصى له بعد موته وجبت الشفعة، وإن لم يقبضها؛ لأن الوصية بشرط العوض تصير بيعًا وتفيد الملك بشرط القبول قبل القبض بخلاف الهبة بشرط العوض لأنها لا تفيد الملك إلّا بعد القبض.

ولو وهب بغير شرط ثم عوضه فلا شفعة فيه وإن تقابضا؛ لأن هذا ليس في معنى البيع لأن العوض غير مشروط في العقد والعوض وإن كان يلتحق بأصل العقد

لكن من وجه دون وجه والشفعة تثبت فيما هو معاوضة من كل وجه لتكون بمعنى البيع فتلتحق به ومن لا يجوز هبته بغير عوض كالأب في مال أبيه وكالمكاتب والعبد التاجر إذا وهب بعوض لا يصح ولا يجب الشفعة عند أبي يوسف.

وعند محمد: يصح وتجب الشفعة لما عرف في الهبة ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع حتى يتم البيع؛ لأن المبيع لم يزل عن ملك البائع فلم يكن للشفيع التمليك على البائع كما للمشتري.

ولو كان الخيار للمشتري وجبت الشفعة خلافًا لمالك؛ لأن المبيع زال عن ملك البائع والشفعة متعلقة بزوال البائع لا بثبوت الملك للمشتري؛ لأنه يمكن للشفيع أن يتملك على البائع كما على المشتري، فإن أخذها الشفيع سقط الخيار؛ لأن البيع ينفسخ بين البائع والمشتري؛ لأن الشفيع صار متملكًا من جهة البائع كأنه اشترى منه.

ولو كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنبها فله الشفعة؛ لأن المشتري كان مالكا للدار قبل الشراء عندهما.

وعند أبي حنيفة: إن لم يكن مالكا لكن له حق الملك؛ لأن له أن يملك الدار بالإجارة وحق الملك كافٍ لثبوت حق الشفعة كالمكاتب والعبد المأذون يستحق الشفعة وله حق الملك لا حقيقة الملك، فإذا أخذ يبطل خياره في هذه؛ لأنه يكون ذلك اختيارا منه للملك دلالة فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى دارًا ولم يكن رآها ثم بيعت دار بجنبها فأخذها لم يبطل خياره في الرواية الصحيحة؛ لأن الأخذ بالشفعة دلالة الرضى وخيار الرؤية لا يبطل بالرضى صريحًا فكذلك بالرضى دلالة، وخيار الشرط يبطل بصريح الرضى فكذلك بالدلالة.

ولو كان الخيار للبائع فلا شفعة للمشتري؛ لأنه ليس له ملك ولا حق ملك وقت الشراء فلا يكون جارا لهذه الدار المبيعة وقت الشراء وإنما يصير جارًا بعد إجارة البائع مقصورا على الحال؛ لأن الجوار إنما يثبت بالسكنى أو بإمكان السكنى وأنه أمر حقيقي لا يمكن إسناده إلى وقت العقد فيكون جوار آحاد بعد الشراء ولا شفعة في البيع الفاسد ما دام حق البائع قائما في النقض؛ لأن للبائع حق الإعادة إلى

ملكه بالاسترداد فلا يعتبر زائلا عن ملكه في حق الشفيع لكيلا يتملك عليه فيبطل حقه بغير رضاه ولأن النقض كان مستحقًّا حقًّا للتبرع رفعًا للفساد وإيجاب الشفعة يتضمن إسقاط الفسخ فيتقرر الفساد فلا يجوز وإذا سقط حق البائع في النقض بأن زال عن ملك المشتري أو اتصل به زيادة يمنع الفسخ فللشفيع أن يأخذها بقيمته يوم القبض؛ لأن امتناع حق الشفعة لثبوت حق النقض، فإذا بطل حق النقض وبطلت الشفعة كما لو كان في البيع خيار للبائع فأسقط، فإن باع المشتري بيعًا صحيحًا فالشفيع بالخيار إن شاء أخذ بالبيع الأول بالقيمة؛ لأنه صار للمشتري الأوّل بالقيمة وقد انقطع حق البائع، وإن شاء أخذه بالبيع الثاني بالثمن؛ لأنه انتصب وانتهض له ثلثان فله أن يأخذ بأيهما شاء.

ولو بنى في الدار المشتراة شراء فاسدًا فللشفيع الشفعة عند أبي حنيفة وعندهما لا شفعة بناء على أن حق البائع ينقطع بالبناء عنده خلافًا لهما وقد مرّت في البيوع. باع فاسدًا فقيل التسليم للبائع أخذ غيرها يسميها بالشفعة؛ لأن ملكه باق وكذلك المشتري بعد التسليم؛ لأنه ملكه وقت الشراء.

ولو اشترى فاسدًا ثم باع نصفها صحيحًا ثم جاء الشفيع يرد على البائع الأول نصف الدار؛ لأنه لم يوجد فيه ما يمنع الرد ويأخذ الشفيع نصف المبيع بقيمته، وإن شاء بثمنه الثاني؛ لأنه انقطع حق البائع في النصف.

ولو انقطع حق البائع عن الكل يثبت للشفيع الشفعة في الكل ويتخير وكذا هذا إذا انقطع حقه في النصف. باع كافر دارًا من كافر بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم أخذها بقيمة الخمر أو الخنزير؛ لأنه عاجز عن تسليم مثلها فتجب القيمة كما لو اشتراها بعرض لا مثل له. باع دارًا بجارية وتقابضا ثم جاء بولد لأقل من ستة أشهر وقد أخذ الشفيع بالشفعة فادعى البائع الولد يثبت النسب ويبطل البيع والشفعة لأن علوق الولد كان في ملكه فصحت دعوته فظهر أنه اشترى الدار بأم ولد فكان الشراء فاسدًا من الأصل فلا شفعة في الشراء الفاسد.

ولو جعل الدار مهرًا أو أجرة أو بدل خلع أو صلح عن دم فلا شفعة فيها.

وقال الشافعي: يجب بناء على أن هذه الأشياء غير متقومة بالمال عندنا حتى لا

يضمن مثلها وعنده متقومة لما عرف، ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفًا فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة وعندهما تجب الشفعة في حصّة الألف فكذلك على هذا الخلاف. لو خالع امرأة على دار على أن يرد الزوج عليها ألفًا.

لهما: أن الدار جعلها صداقًا ومبيعًا فما يخصّ البضع فهو صداق ولا شفعة فيه وما يخص الألف فهو مبيع لأنه مبادلة مال بمال، ولهذا يثبت فيه أحكام البيع كخيار الرؤية والرد بالعيب اليسير وبخيار الشرط فتجب الشفعة فيه. له أن المبيع ثبت ضمنًا وبيعًا للنكاح؛ لأن المبيع مشروط في النكاح، والشروط أتباع والمرأة ما بدلت الألف لتملك الدار بالبيع مقصودا وإنما بدلت ليستخلص الدار لها فصار في معنى المعاوضة في هذا العقد بيعًا للصداق وإذا لم تجب الشفعة فيما هو الأصل لم يجب فيما هو بيع تحقيقًا للتبعية.

(النوادر): رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرًا ثم دفع إليها دارًا ينظر إن قال الزوج جعلتها مهرك لا شفعة فيها؛ لأن هذا تعيين لمهر المثل ولا شفعة في المهور، وإن قال: جعلتها بمهرك ففيها الشفعة لأنها عوض عن مهر المثل فكانت مبيعة. رجل أسلم دارًا في مائة قفيز حنطة وسلم فجاء الشفيع فله الشفعة لأنها ملكت بعقد المعاوضة.

ولو لم يسلم حتى افترقا بطل السلم لمكان الافتراق ولا شفعة للشفيع؛ لأنه انفسخ عقد التسليم، وإن لم يفترقا حتى تناقضا السلم ثم افترقا فللشفيع فيها الشفعة؛ لأن الإقالة عقد جديد في حق الثالث والشفيع ثالث. رجل أوصى لرجل بدار ولم يعلم الموصى له حتى بيعت دار بجنبها فادعى الورثة شفعتها فلهم ذلك؛ لأن موته صار بمنزلة قبوله لما عرف في موضعه فصار ملكه موروثًا لوريثه فتحقق السبب للورثة.

(باب الشفعة في الأشجار والثمار والزروع مع الأرض)

اشترى أرضًا مع الزّرع أو اشترى أرضًا ونخلا فيها تمر فاشترط الثمرة في البيع للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة ما دام متصلًا استحسانًا.

وقال الشافعي: لا شفعة في الزرع والثمر.

والصحيح قولنا؛ لأن الزرع والثمار تابعة لِلأرض ما دامت متصلة بها، وإن كانت معدة للقطع والفصل فيظهر معنى التبعية في حق الشفيع فيأخذها تبعًا للعقار كالبناء والأشجار، ألا ترى أن الأبواب والسرر المركبة في البناء يأخذها الشفيع بحكم الاتصال بالعقار فكذلك الثمار، وإنما لا يدخل في البيع بدون الشرط لأنها غير معدة للتأبيد والقرار فلم يكن مقصودًا بالبيع، فإن حصد المشتري الزرع أو جدّ الثمر فلا شفعة فيه؛ لأنه لما انفصل انقطعت التبعية ولا تثبت الشفعة في المنقول إلّا تبعًا للعقار وسقط عنه حصته من الثمن؛ لأن العقد متناوله حقيقة.

(النوادر): ورُوي عن أبي يوسف: الثمن يقسم على قيمة الأرض وقيمة الزرع يوم وقع عليه العقد وهو بقل فيأخذ المشتري الأرض بحصتها؛ لأن الزرع دخل في العقد وهو نقل وزيادة القيمة لا تؤثر في تغيير القسمة كما لا تعتبر زيادة قيمة الأرض وقت قبض المشتري.

ورُوي عن محمد: أن الأرض تُقوّم وفيها الزرع وتُقوّم وليس فيها الزرع فيسقط عن الشفيع فيما بين ذلك؛ لأن الزرع دخل في العقد تبعًا للأرض على هذه الصفة فتعتبر قيمته كذلك ولا قيمة للزرع وهو نقل محصود وكان في اعتباره إضرار به، وكذلك الثمرة مع النخل يقوّم النخل وفيه التمر ويقوّم وليس فيه التمر ولا يقوّم التمر مجذوذا؛ لأنه لا قيمة له.

ولو كانت الأرض مبذورة لم يطلع الزرع بعد ثم طلع فحصده المشتري فعند محمد تقوّم الأرض مبذورة وغير مبذورة؛ لأن البذر بعد إلقائه في الأرض يصير مستهلكًا ثم لم يبق له قيمة، وعند أبي يوسف يقسم على قيمة الأرض والبذر كما في الزرع. رجل أخذ أرضًا مزارعة فزرعها فلما صار الزرع بقلًا اشترى المزارع الأرض مع نصيب رب الأرض من الزرع ثم جاء الشفيع فله الشفعة في الأرض وفي نصف الزّرع؛ لأنه مبيع وهو متصل بالعقار فيجب فيه الشفعة تبعًا للعقار لكن لا يأخذ حتى يدرك الزرع؛ لأن نصف الأرض مشغول بنصيب المزارع ولم يجب للشفيع فيه الشفعة فكان المزارع أحق به حتى يدرك الزرع. رجل اشترى كرما

فأثمرت الأشجار وأكلها المشتري ثم حضر الشفيع فأخذ الكرم بالشفعة ينظر إن كانت الأشجار ذات ورد ولم يبدُ الطلع من الورد لا يسقط شيء من الثمن؛ لأنه لا حصة له من الثمن؛ لأنه غير متقوّم وإن بدا الطلع من الورد سقط بقدر ذلك؛ لأنه من الثمن يعتبر قيمته يوم قبض المشتري؛ لأن له حصة، وكذلك إن كان المشترى أرضًا فيه زرع لا قيمة له فأدرك الزرع وحصد المشتري ثم جاء الشفيع فأخذ الأرض لا يسقط شيء من الثمن الثمرة المتولدة قبل القبض توجد بالشفعة؛ لأنها مبيعة لأنها صارت مملوكة للمشتري بالبيع السابق، فإن لم يكن مذكورًا في البيع، فإن جذَّ الثمرة قبل الأخذ لا يأخذها؛ لأنه صار منقولا مطلقًا ويأخذ الأرض والنخيل بحصته؛ لأن الثمار الحادثة قبل القبض تصير لها حصّة من الثمن بالقبض؛ لأنه تناوله ما له شبه بالعقد وهو القبض؛ لأن وقت أخذ الشفيع المشترى يتملك الكل بجميع الثمن؛ لأن للثمار حصة من الثمن وقت أخذ الشفيع يظهر ذلك عند قبضه وكذلك الشفيع يتملكها بما يخصها من الثمن.

ولو اشترى أرضًا فيها نخل بعشرة أكرار ثمر فأثمر قبل القبض عشرة أكرار فالحادث مبيع لأنها متولدة من ملكه ويتصدق بالفضل؛ لأنه ربح حصل لا على ضمانه لأنه حين حدث لم يكن في ضمان المشتري فكان ربح ما لم يضمن فلا يطيب له، مذكور في (**الجامع**) ولا يفسد البيع بخلاف ما لو اشترى الأرض والنخيل والثمار بعشرة أكرار يفسد البيع؛ لأن الربا إنما يظهر في العقد وثمة العقد موجود حقيقة فما يقابل الثمن يكون الربا حقيقة فكأنه شرط في العقد ربا، أما هاهنا وجد وقت حدوث الثمر ما له شبهة بالعقد ما له شبهة في العقد وهو القبض لا أنه شرط في العقد ربا فيظهر الربا في حق لزوم التصدق بالفضل لا غير كما لو اشترى عبدًا قيمته ألفان بألف فقتل قبل القبض وغرم القاتل ألفي درهم تصدق المشتري بألف وتطيب له الألف فكذا هذا، فإن حضر الشفيع قبل القبض يقسم الثمن على قيمة الأرض والنخل والتمر فيأخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن ويأخذ التمر حصته دنانير أو دراهم بخلاف المشتري، فإنه يأخذ الكل بالثمن؛ لأن الشفيع إنما يتملك بما يعطى من الثمن وتملك الثمن بثمن أقل منه أو أكثر لا يجوز؛ لأن بأقل يكون

ربا وبأكثر إن أمكن أن يجعل من الثمن بمقابلة الثمر مثليه والباقي، ما دام النخل والأرض احتيالا للجواز إلا أن هنا لا يمكن ذلك؛ لأن الشفيع إنما يتملك بمثل الثمن الذي يملك المشتري كذلك وضع التملك بالشفعة فلا يمكن تغييره عن وضعه وسننه.

وإن قضى للشفيع بالأرض والنخل ثم أثمر قبل القبض كان للشفيع بمنزلة المشتري؛ لأنه تملك الأرض والنخل بقضاء القاضي فصار كنصراني اشترى دارًا من نصراني بخمر وشفيعها نصراني فأسلم النصراني الشفيع لم تبطل شفعته ويأخذها بقيمة الخمر؛ لأنه عجز عن أخذها بمثلها بالإسلام فيأخذها بالقيمة ويتحول بدلها قيمة بحق الشرع فكذلك هنا يتحول بدل الثمار قيمة بحق الشرع؛ لأن حرمة الربا كان بحق الشرع، وكذلك لو حضر الشفيع بعد الإثمار في يد المشتري قبل الجذّ فهو كما لو حضر وقد أثمر قبل القبض؛ لأنه متصل بالنخيل فكان تبعًا له فإنها مملوكة للمشتري بالبيع السابق؛ لأنه ثبت الملك فيها تبعًا لثبوت الملك في المبيع وكان ثبوت الملك فيها بواسطة الملك في المبيع مضافًا إلى المبيع السابق.

ولو كان التمر كفري لم يصر بسرا يأخذ نخله بثمن مثل الثمن الأول لأنّ الكفري ليس بحال الربا؛ لأنه ليس بمكيل ولا موزون.

ولو صار التمر بسرًا أخذ البسر بحصته من الثمن دراهم أو دنانير؛ لأن البسر مال الربا لأنه من جنس الثمن، فإن كان المشتري جذّ البسر أو الكفري أو التمر ثم حضر الشفيع وأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن أو ترك؛ لأن التمر الحادث بعد القبض لا حصة له من الثمن فاحتباسها عند المشتري لا يسقط شيئًا من الثمن عن الشفيع بخلاف التمر الحادث قبل القبض له حصّة من الثمن؛ لأن انقسام الثمن يكون بالعقد أو بالقبض؛ لأن له شبهة بالعقد ولم يوجد في حق الثمار الحادث بعد القبض لا حقيقة العقد ولا ما له شبهة بالعقد. اشترى دارًا بعبد وتقايضا وفي الدار أبواب عليها صفائح فضّة وسلاسل فحضر الشفيع إن كان حصة الصفائح من قيمة العبد مثل الفضة قال القاضي سأقوّم العبد بالذهب أو بالفضة ولكن يقضي بأكثرهما على الشفيع، وإن كان حصتها أقل أو أكثر يقضي بقيمة حصتها ذهبا وفي قيمة الدار

والبناء يقوم بما شاء؛ لأن في حصة الصفائح يعذر تقويمه بجنسه تحرزًا عن الربا فيقوَّم بخلاف جنسه، وإن افترقا بعدما قضي بقيمة العبد قبل القبض انتقض القضاء وعاد الأمر إلى حاله ويحتاج إلى الاستئناف ولا تبطل الشفعة؛ لأن هذه مصارفه قصد به؛ لأن الصفائح والسلاسل أصل في التملك، ولهذا أجرى الربا فيكون القضاء بالشفعة فيه قضاءً لصرف فيبطل بالافتراق ومتى بطل القضاء بالشفعة بقدر الصفائح والسلاسل تبطل في الكل؛ لأن القضاء بالشفعة لا يحتمل الوصف بالتحري ثبوتًا ونفيًا، فإذا انتقض في بعضه انتقض في كله لكن لا تبطل الشفعة؛ لأنه لم يوجد من الشفيع الإعراض عن الطّلب ولا دليل الرضاء منه بنقض القضاء بالشفعة؛ لأنه لعل صاحبه فارقه بغير اختياره ورضاه، فإذا كان هذا السبب يتم بدون رضاه لا بحال انتقال القضاء إلى رضاه. أمر رجلًا بأن يشتري له دارًا بعينها بعبد بعينه للمأمور ففعل يضمن الآمر قيمة العبد للمأمور دراهم أو دنانير أي ذلك شاء القاضي؛ لأن الأمر صار مستقرضًا العبد من المأمور بالأمر بالشراء به؛ لأن الآمر ملك الشراء بالعبد فيتملك البائع العبد عليه ويصير المأمور نائبا عنه في تسليمه ولن يكون ذلك إلا بعد أن يملك الآمر العبد وإنما يملكه إما بالاستيهاب، أو الاستقراض والاستقراض أقل ضررًا فثبت، واستقراض الحيوان، وإن كان فاسدًا فهو ملحق بالصحيح في حق إفادة الملك ويضمن الآمر قيمة العبد؛ لأن القرض إعارة وفي العواري يجب ردّ عين المستعار، فإذا عجز المستعير لثبوت ملك البائع فيه يجب ردّ خلفه ليقوم مقام عينه، وإن كان في الدار ذهب أو فضّة أكثر من قيمة العبد لا بأس به؛ لأنه وجب على الآمر تسليم قيمة العبد بدلا عن العبد لا عن الدار، ألا ترى أنه لا يبيع الدار مرابحة على قيمة العبد فلا يتحقق الربا بخلاف الشفيع؛ لأنه إنما يتملك الدار بقيمة العبد، ولهذا يبيعه مرابحة على ذلك فيتحقق الربا. رجلان لكل واحد منهما دار وهما متلازقتان فتبايعا بالدارين فشفيع كل واحدة من الدارين أحق بها من المشتري؛ لأن كل واحد أزال جواره الذي كان ثابتًا قبل البيع وبعد البيع جواره حادث باعتبار ما يملكه والشفعة لا تستحق بجوار حادث بعد البيع ولا بجوار غير قائم وقت الأخذ.

ولو كان الداران بين رجلين لكل واحد منهما جيران فباع كل واحد نصيبه من إحدى الدارين بنصيب الآخر من الدار الأخرى فالمتبايعان أحق بهما من الجيران؛ لأن كل واحد منهما كان شريكًا فيما اشترى بالنصف الذي كان له والشريك مقدّم على الجار.

(باب بما يأخذ المبيع بالشفعة)

وإذا وجبت الشفعة، فإن كان الثمن من ذوات الأمثال وجبت بمثله، وإن لم يكن من ذوات الأمثال كالعبد والثوب وجبت الشفعة بقيمته.

وقال زفر والشافعي ومالك يأخذ بقيمة العقار؛ لأنه تعذّر إيجاب المسمى في العقد فوجب المصير إلى قيمة المبيع كما في البيع الفاسد.

لنا: أن الشفيع إنما يتملك المشفوع بمثل ما يملك به المشتري تحقيقًا للمعادلة ودفعًا للمضرة عنه ومتى تعذر إيجاب المسمى كان التعديل في إيجاب قيمته؛ لأن قيمة الدار ربما تبلغ ألفين وقيمة العبد المسمى ألف فلم يكن التمليك واقعا على نهج المعادلة ونفي المخاسرة. اشترى دارًا بعبد ثم هلك العبد قبل القبض أو دخله عيب لا تبطل الشفعة والقيمة للبائع؛ لأن بهلاك العبد قبل القبض فسد الشراء بعد صحته ولم ينفسخ.

ولو انفسخ لا يبطل حقه، فإذا فسد أولا فصار كأن الشفيع أخذ من البائع فيأخذ بقيمة العبد، وكذلك إن ردّه المشتري بعيب بقضاء لا تبطل شفعته.

وقال زفر: تبطل شفعته متى انفسخ الشراء؛ لأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر الدخيل وضرره قد زال بالانفساخ قبل الأخذ.

لنا: أن الاتصال بين الملكين انتصب سببًا لاستحقاق الشفعة بحكمة دفع ضرر الدخيل والضرر أمر باطن منكتم والاتصال سبب ظاهر دال عليه يقام مقامه ودار الحكم معه وجودًا وعدمًا كالسفر مع المشقة والسلم مع الحاجة، وسبب الاستحقاق قائم بعد انفساخ الشراء فلم يبطل حق الشفعة وإن اندفع الضرر؛ لأن الاستحقاق غير منوط بحقيقة الضرر.

ولو استحق العبد بطلت الشفعة؛ لأن بالاستحقاق تبين أن العقد وقع فاسدا؛

لأن الشراء بغير مستحقه فاسد، ولهذا لا يفيد الملك في بدل المستحق إلا بالقبض فلا شفعة في الشراء الفاسد، ثم يرد الدار على البائع إن أخذها بقيمة العبد بقضاء؛ لأنه ظهر أن القاضي أخطأ فيما قضى له بالشفعة ولم يكن له حق الشفعة؛ لأن القضاء بالشفعة قضاء بالملك المرسل؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الاستحقاق من حيث إنه يأخذ غير حقه من غير رضى المشتري، والقضاء بالأملاك المرسلة لا ينفذ أصلًا متى كان خطأ، فإن أخذها بغير قضاء لا يبطل الشفعة ويضمن المشتري قيمة الدار للبائع؛ لأنه وجد التمليك والتمليك برضاهما فجعل بيعًا مستأنفًا فيما بينهما لما يبين أنه لم يكن للشفيع حق الشفعة وصار كالوكيل بالبيع إذا كان شفيعا وسلم المشتري الدار إليه على تقدير أن له الشفعة ورضي الوكيل بذلك جعل بيعًا مستأنفًا محددًا فيما بينهما لما لم يكن له حق الشفعة فكذا هذا والمشتري شراء فاسدًا إذا باع نفذ بيعه وضمن للبائع قيمة المبيع فكذا هذا.

(النوادر): رجل اشترى دارًا بالجياد ونقد الزيوف وأخذ الشفيع بالجياد في خمس مسائل:

إحداها: هذه.

والثانية: إذا كفل بالجياد ونقد الزيوف يرجع على المكفول عنه بالجياد.

والثالثة: إذا اشترى شيئًا بالجياد ونقد البائع الزيوف ثم باعه مرابحة، فإن رأس ماله هو الجياد.

والرابعة: إذا حلف ليقضين حقه اليوم وكان عليه الجياد فقضاه الزيوف لا يجيب.

والخامسة: من له على آخر جياد فقبض الزيوف منه فأنفقها ولم يعلم بالزيافة إلا بعد الإنفاق لا يرجع عليه بالجياد عندهما خلافًا لأبي يوسف ويدفع الشفيع الثمن أوّلًا ثم يأخذ الدار؛ لأنه بمنزلة المشتري مع البائع.

(باب ما يثبت للشفيع بعد الأخذ)

وإذا قضى الحاكم بالشفعة لم يكن للشفيع أن يتركها؛ لأنه ملكه بالشراء؛ لأن

الصفقة تحوّلت إليه فصار كأنه اشتراه حقيقة ويرد بالعيب وخيار الرؤية كما لو اشتراه حقيقة حكم للشفيع على البائع والدار في يد البائع فأقاله جازت الإقالة وهي للبائع؛ لأن الشفيع صار متملكًا الدار من جهة البائع؛ لأن بالقضاء عليه انفسخ البيع بينه وبين المشتري فكأنه اشترى منه.

ولو اشترى منه ثم أقاله صحت الإقالة ويعود إلى ملكه فكذا هذا، وإن كانت في يد المشتري فقضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع جاز عندهما والمشتري والشفيع بريئان عن الثمن.

وقال محمد: لا يجوز رده واختلف عبارة مشايخنا فيه قيل، فإن أقاله الشفيع مع البائع هل تصح كناية عن البيع ولا تصح إقالة؛ لأن الشفيع يملك الدار من المشتري فصار كأنه اشترى منه فصار البائع في حق الشفيع بائع البائع والإقالة مع بائع بائعه لا تصح؛ لأنه لم يجر بينهما عقد فيجعل كناية عن البيع لما فيها معنى البيع وهو الأخذ والإعطاء وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما خلافًا لمحمد، وقيل: بأن هذه إقالة من وجه وبيع من وجه؛ لأنه كما ثبت بيعه للمشتري حقيقة الملك ثبت للشفيع حق التملك فكانت إقالة من وجه بيعًا من وجه، ولا تصلح الإقالة كناية عن البيع لأنها ضده والبيع من وجه يجوز قبل القبض عندهما خلافًا لمحمد والمشتري والشفيع بريئان عن الثمن؛ لأنه وجب للبائع على المشتري الثمن ووجب للمشتري على الشفيع فلما عاد المبيع إلى البائع سقط عن المشتري وعنه. كفل رجل للمشتري بالدرك لم يكن أخذ الشفيع دركا؛ لأن الدرك عبارة عن الاستحقاق والأخذ بالشفعة ليس باستحقاق حقيقة؛ لأنه يتملك بالشراء، ولهذا لا ينفسخ بشري المشتري بأخذ الشفيع من الأصل.

ولو استحقت الدار من يد الشفيع فلا ضمان على الكفيل بالدرك؛ لأنه لم يكفل له بالدرك بل كفل للمشتري.

(**الجامع**): فإذا كان للمشتري جياد فأخذها الشفيع فلا خيار له؛ لأن الخيار يثبت بالشرط فيثبت لمن وجد الشرط في حقه وصار كتأجيل الثمن لا يثبت في حق الشفيع لانعدام الشرط في حقّه. اشترى دارًا بعبد فوجد العبد أعور فرضيه فالشفيع

يأخذ الدار بقيمته صحيحًا، وكذلك لو ردّه بالعيب؛ لأن البيع حين وقع وقع بالعبد سليمًا لا معيبًا؛ لأن سلامة البدل مشروطة في البيع عرفًا فاستحق بالبيع عبدًا سليمًا، فإذا رضي بالعيب فقد يجوز بدون الحق وصفًا؛ لأنه ما حط عن المشتري أصل الثمن ليحط عن الشفيع قدر المحطوط وإنما حط عنه وصفه وهي الجودة والسلامة فلم يظهر هذ الحط في حق الشفيع كما لو اشتراها بالجياد ونقد البائع الزيوف ويأخذ الشفيع بالجياد فكذا هذا.

(باب طلب الشفعة)

الشفعة تجب بالعقد والشركة أو الجوار ويتأكد بالطلب والإشهاد ويتملك بالأخذ والإعطاء ثم الطلب على ثلاثة أنواع: طلب مواثبة ومفاورة، وطلب تقرير وإشهاد، وطلب تمليك ومرافعة.

(فصل)

أما طلب المواثبة: وهو أن يطلب الشفيع على الفور حين علم بالبيع، فإذا سكت ولم يطلب بطلت الشفعة وهذه الرواية الصحيحة المشهورة عن الأصحاب.

وروى هشام عن محمد: إن طلب في مجلس العلم فله الشفعة وإلا فلا.

وقال الحسن بن زياد وابن أبي ليلى بأن مدّة الطلب مقدرة بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي رحمة الله، وقال في قول له: الطلب في جميع عمره.

والصحيح قولنا لقوله عليه السلام: "**الشفعة كحل العقال إن قيدها ثبتت وإلا ذهبت**" فقد شبه سرعة انفلات حق الشفعة بسرعة انفلات الدابة بعد حل العقال والدابة تنفلت بعد حل العقال على الفور فكذا حق الشفعة وقوله عليه السلام: "**الشفعة لمن واثبها**" أي طلبها على سبيل المبادرة والمسارعة ثم اختلفوا في كيفية لفظه الطلب قيل بأنه يطلب بلفظ واحد بأن يقول طلبت الشفعة أو يقول فأطلبها.

ولو جمع بينهما فقال: طلبت الشفعة فأطلبها بطلت؛ لأنه إخبار عن طلب

ماض، فإنه كذب فيما أخبر والكذب لغو فكأنه لم يطلب أصلًا وقيل لو قال: طلبت الشفعة تصحّ.

ولو قال: أطلبها، لا تصح والصحيح أنه لو طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه وطلب الشفعة يصح حتى لو قال: طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها جاز؛ لأن الألفاظ قوالب المعاني ولا عبرة للقوالب وإنما العبرة للمعاني ولأن قوله طلبت أو أطلبها في عرف الاستعمال يراد به الإيجاب والإثبات للحال كقوله أشهد، ولو قال الشفيع: الشفعة لي أطلبها تبطل شفعته؛ لأن قوله لي لغو لا يحتاج إليه فصار كأنه سكت بينهما.

(**النوادر**): ولو قال للمشتري: أنا شفيعك وآخذ الدار منك بشفعة بطلت شفعته؛ لأن قوله أنا شفيعك كلام غير محتاج إليه فصار لغوًا فصار كأنه قال كيف أصبحت وكيف أمسيت بطلت شفعته وإذا علم الشفيع بالبيع فقال الحمد لله أو سبحان الله أو الله أكبر أو عطس صاحبه فشمته أو قال السلام عليك وقد طلب شفعتها لا تبطل شفعته؛ لأن هذه الأفعال مقدمة للطلب وتذكرة لافتتاح الكلام وليست بأمارة التسليم، وكذلك لو قال من اشتراها وبكم اشتراها لأنها قد تصلح ويوافق له ثمن دون ثمن ويرضى بمجاورة إنسان دون غيره فكان التعرف عن هذا تحقيقًا للطلب لا إعراضًا عنه، ولهذا لا يبطل خيار المجيز.

ولو كان المشتري واقفًا مع الأب فسلم الشفيع قبل أن يطلب الشفعة إن سلم على الأب بطلت شفعته وإن سلم على الابن لا تبطل؛ لأن الشفيع يحتاج إلى التسليم على الابن؛ لأنه هو المشتري فالشفيع يحتاج إلى التسليم على المشتري؛ لأنه يحتاج إلى التكلم معه ومفتتح الكلام السلام لقوله عليه السلام: "**من كلم قبل أن يسلم فلا تجيبوه**" وهو غير محتاج إلى السلام على الأب الشفيع إذا صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفعته فإن صل أكثر من ركعتين بطلت.

ولو صلى بعد الجمعة أربعًا لا تبطل شفعته، فإن صلى أكثر من أربع بطلت؛ لأن الأكثر ليس بمسنون فلا يكون معذورًا فيه، وكذا لو كان في الأربع قبل الظهر فسمع فأتمها أربعا لا تبطل شفعته؛ لأن الأربع مسنون والشفيع إذا قال للمشتري

بالفارسيّة: شفاعت حواهم بطلت شفعته؛ لأنه طلب الشفاعة لا الشفعة وهما أمران مختلفان.

أجمة بين اثنين ورثا عن أبيهما ولا يعلم أحدهما بعينه أن له فيها نصيبًا فبيعت أجمة أخرى بجوار هذه فلم يطلب هو الشفعة حتى علم فلما علم أن له فيها نصيبًا طلب الشفعة فلا شفعة له؛ لأنه لم يطلب طلب المواثبة؛ لأنه علم بالبيع ولم يطلب والجهل بملكه ليس بعذر؛ لأنه جهل ما لا يجهل عادة والطلب في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت شرائه؛ لأن الشفعة إنما ثبتت في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع.

وأما في بيع الفضولي وفي البيع بشرط الخيار للبائع إذا أجاز فعند أبي يوسف يعتبر الطلب وقت البيع، وعند محمد يعتبر وقت الإجازة نص على هذا الخلاف في النوادر لمحمد أن علة الشفعة إنما تتم إذا انقطع حق البائع وحقه ينقطع عند الإجازة وسقوط الخيار.

لأبي يوسف: إن حق البائع إن كان ينقطع بالإجازة إلا أن الإجازة تستند إلى وقت العقد؛ لأن الإجازة إثبات صفة للعقد؛ لأنه يتقيد به والصفة لا تقوم بنفسها وإنما تقوم بالموصوف فيستند إلى وقت العقد مع حكمه وهو انقطاع حق البائع فثبت الانقطاع من وقت العقد بخلاف البيع الفاسد؛ لأنه ينقطع بتصرف المشتري ولا يستند تصرفه إلى وقت البيع بل يقتصر على وجوده وفي الهبة بشرط العوض روايتان في رواية يعتبر الطلب وقت القبض؛ لأن الملك يزول بالقبض وفي رواية يعتبر وقت العقد؛ لأن الملك يزول وقت القبض إلا أن الزوال مضاف إلى العقد لا إلى القبض بل القبض شرطه؛ لأن القبض ليس بسبب لإيجاب الملك لكنه شرط لا تعمل العلة فيه عملها إلا عنده كشرط الطلاق لا يقع الطلاق بدونه، فإذا وقع يكون مضافًا إلى الإيقاع لا إلى الشرط فكذا هذا، ولو سمع الشريك والجار ببيع الدار وهما في موضع واحد فطلب الشريك الشفعة ثم ترك ليس للجار أن يأخذ بالشفعة؛ لأنه لم يوجد شرط ثبوت حقه وهو الطلب عند السماع. دار بيعت ولها شفيعان أحدهما غائب فطلب الآخر الحاضر نصف الدار بالشفعة على حساب أنه لا

يستحق إلا نصفها بطلت شفعته، وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما الشفعة في النصف بطلت شفعتها؛ لأن سكوته عن النصف الباقي تسليم للشفعة في النصف، فإذا بطل في النصف بطل في الكل؛ لأنه لا يتجزأ.

(فصل)

وطلب الإشهاد وهو أن يشهد على طلب المواثبة حتى يتأكد الوجوب بالطلب على الفور وليس الإشهاد شرط لصحة الطلب لكن للتوثق حتى إذا كان أنكر المشتري طلب الشفعة حين علم فيقول له: لم تطلب الشفعة حين علمت بل تركت الطلب وقمت عن المجلس والشفيع يقول طلبت فالقول قول المشتري فلا بد من الإشهاد وقت الطلب توثيقا وتوكيدا لحقه وإنما يصح طلب الإشهاد عند حضرة المشتري أو البائع أو المبيع فيقول عند حضرة واحد منهم إن فلانًا اشترى هذه الدار أو دارًا ويذكر حدودها الأربعة؛ لأن الدار إنما تصير معلومة بذكر الحدود الأربعة وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك لأن الإشهاد لا يصح إلا بعد أن يعلم الشاهد المشهود عليه أو المشهود له أو المشهود به والمشهود عليه المشتري أو البائع فشرط لصحة الإشهاد حضرة أحدهما ليحصل للشاهد العلم بالمشهود عليه بالمعاينة لا بالنسبة؛ لأن الإشارة والعيان أبلغ في الإعلام من النسبة ويصح عند حضرة المبيع وحده؛ لأنه حصل للشاهد العلم بالمشهود له وبالمشهود به معاينة ويرجح جانب العلم على جانب الجهل فصح الإشهاد كما في القضاء إذا علم القاضي المقضي به والمقضي له صح القضاء.

وإن جهل المقضي عليه كما لو شهد شاهدان على رجل أنه طلق إحدى امرأتيه قبل الدخول بها ومات قبل البيان، فإنه يقضي بسقوط نصف المهر؛ لأنه علم بالمقضي به وبالمقضي عليه وهو الزوج فصح القضاء. فكذلك الشهادة، ثم طلب الإشهاد مقدر بالتمكن من الإشهاد فمتى تمكن من الإشهاد عند حضرة واحد من هذه الثلاثة ولم يطلب الإشهاد بطلت شفعته نفيًا للضرر عن المشتري كما في طلب المواثبة إذا لم يطلب على الفور بطل حقه نفيًا للضرر عن المشتري وعن أبي بكر الرازي أنه قال إذا طلب الشفعة ثم قام عن المجلس إلى الشهود وأشهدهم على

ذلك جاز؛ لأن الطلب يحتاج إليه لثبوت الشفعة فيما بينه وبين ربّه والشهود يحتاج إليها للتوثق، فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وذهب إلى الأبعد إن كان الكل في مصر واحد لا تبطل الشفعة استحسانًا، وإن كان الأبعد في مصر آخر أو في قرية من قرى هذا المصر بطلت شفعته؛ لأن المصر الواحد مع نواحيها وأماكنها جعل كمكان واحد بدليل أنه لو شرط إبقاء المسلم فيه في المصر ولم يبين ناحية منه جاز فلا يظهر الأبعد والأقرب في مصر واحد فكان الكل حكما.

ولو كان الكل مكانًا واحدًا حقيقة وطلب من أبعدهما وترك الأقرب جاز فكذا هذا إلا أن يصل إلى الأقرب ويذهب إلى الأبعد فحينئذ يبطل؛ لأنه حين وصل إلى الأقرب قدر على الطلب، فإذا لم يطلب فقد ترك الطلب بخلاف ما إذا كانا في مصرين لأنهما في مكانين حقيقة وحكما، فإذا ترك الأقرب صار تاركًا للطلب مع الإمكان فتبطل شفعته، فإن كان المبيع لم يقبض فهو بالخيار إن شاء أشهد على طلبه عند البائع أو المشتري أو المبيع؛ لأن المشتري مالك والبائع صاحب يد فيصح من الشفيع المخاصمة معًا في نقل الملك واليد فأما المبيع يتعلق به حق الشفعة فيقوم الطلب عنده مقام الطلب منهما باعتبار الحاجة.

وإن كان المبيع في يد المشتري ذكر الكرخي، وفي (النوادر): أنه لا يصح الإشهاد على البائع؛ لأنه خرج من أن يكون خصمًا لزوال ملكه ويده ولكن له الخيار في الإشهاد على المشتري أو عند المبيع، ونص محمد في الجامع الكبير أنه يصح الإشهاد عليه بعد تسليم المبيع استحسانًا لا قياسًا كما لو سلم الشفعة للبائع بعد تسليم المبيع يصح استحسانًا لا قياسًا لما يأتي في بابه. الشفيع غائب يؤجل بعد العلم قدر مسيره لطلب الإشهاد؛ لأنه لا يتمكن من الإشهاد إلا بحضرة البائع أو المشتري أو المبيع، فإذا كان غائبا من الكل لا يتمكن من طلب الإشهاد إلا بعذر السنة إلى واحد من هؤلاء فينبغي أن يطلب طلب المواثبة كما علم في مكانه حتى لا تبطل شفعته، فإن حضر هو أو وكيله وإلا بطلت شفعته؛ لأنه ترك طلب الإشهاد مع القدرة عليه، فإن قدم وغاب المشتري فأشهد على الطلب فهو على شفعته؛ لأن عند أبي حنيفة بتأخر طلب التمليك لا تبطل شفعته، وعندهما تبطل إلا بعذر وهنا

ترك طلب التمليك بعذر، فإنه لا يمكنه أن يبيع المشتري؛ لأنه كلما قدم مصرًا فيه المشتري للمخاصمة فيأخذ منه يهرب المشتري إلى مصر آخر.

ولو أمر الشفيع باتباعه بعدما يغيب يتضرر به الشفيع، وإن ظهر المشتري في بلد ليس فيها الدار لم يكن على الشفيع الطلب هناك إنما يطلب حيث الدار؛ لأنه لا يمكنه الطلب والإشهاد إلا في بلده ظاهرا الشفيع في عسكر أو موضع لا يقدر على الخروج ولا أن يوكل لا يبطل شفعته؛ لأنه ترك الطلب بعذر.

ولو تعاقدا البيع في غير الموضع الذي فيه الدار والشفيع حاضر فلم يطلبهما بالشفعة وحضر موضع الدار فأشهد بطلت شفعته؛ لأنه ترك المطالبة مع القدرة عليها، وإن كان الشفيع غائبا عن مجلس البيع فعلم فحضر موضع الدار ولم يشهد وذهب حتى يجد البائع أو المشتري تبطل شفعته؛ لأنه ترك الطلب مع القدرة عليه، وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان أو رجل حر عدل عند أبي حنيفة وعندهما يجب عليه إذا أخبره واحد عدل حر أو عبد صبي أو امرأة وكذلك اختلافهم في عزل الوكيل لما يأتي.

ورُوي عن أبي حنيفة لو قال المشتري للشفيع: قد اشتريت فلم يطلب الشفيع بطلت شفعته، وإن لم يكن عدلا؛ لأنه خصم في هذا والعدالة غير معتبرة في الخصومة.

(النوادر): رجل علم بالشراء وهو في طريق مكة فطلب طلب المواثبة وعجز عن طلب الإشهاد بنفسه يوكل وكيلًا إن وجد من يوكله فيطلب له الشفعة، فإن لم يفعل ومضى بطلت شفعته؛ لأنه قدر على طلب الإشهاد بوكيله، فإن لم يجد من يوكله ووجد قبحا يكتب كتابا على يديه فيوكل وكيلًا بالكتاب، فإن لم يفعل بطلت شفعته؛ لأنه غير معذور.

وإن لم يجد وكيلًا ولا قبحًا لم تبطل شفعته حتى يجد القبح؛ لأنه معذور. الشفيع إذا كان في عسكر الخوارج أو البغي وخاف على نفسه لو دخل في عسكر أهل العدل فلم يطلب طلب الإشهاد بطلت شفعته؛ لأنه قادر بأن يترك أهل البغي

فيدخل عسكر أهل العدل الشفيع إذا طلب الشفعة فقال المشتري هات الدراهم وخذ شفعتك، فإن أمكنه إحضار الدراهم ولم يحضر ثلاثة أيام.

رُوي عن محمد أنّه بطلت شفعته وفي الرواية الصحيحة أنه لا تبطل شفعته؛ لأن الشفعة إنما ثبتت بطلب المواثبة والإشهاد فلا تبطل ما لم يسلم بلسانه. رجل اشترى دارًا نسيه سنة فلم يطلب الشفيع طلب الإشهاد وقال: انتظر السنة بطلت شفعته وكذا لو اشترى دارًا على أن المشتري بالخيار فلم يطلب الشفيع طلب الإشهاد بطلت شفعته؛ لأن حق الشفعة ثابت؛ لأن ثبوته تعتمد زوال ملك البائع وقد وجد الشفيع إذا علم بالبيع في نصف الليل ولم يقدر على الخروج للإشهاد، فإن أشهد حين أصبح صح لأن هذا تأخير بعذر.

ولو طلب طلب المواثبة وترك طلب الإشهاد وافتتح التطوع بطلت شفعته.

ولو افتتح الركعتين بعد الظهر أو الأربع بعد الجمعة لا تبطل شفعته.

ولو طلب الشفيع الشفعة من الوكيل بالشراء وقبض الوكيل الدار ينظر إن لم يسلم إلى الموكل صحّ، وإن سلم لم يصح وتبطل شفعته كما في البائع مع المشتري؛ لأن الوكيل مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشتري في حق الحقوق والخصومة.

ولو سلم الشفعة للوكيل يصح تسليمه سواء كانت الدار في يده أو لم تكن والفرق أن طلبه للتمليك والوكيل بعد التسليم ليس بخصم في التمليك والتسليم إسقاط حق عن الشراء والشراء قام بالوكيل.

(فصل)

وطلب التمليك هو المرافعة إلى القاضي ليقضي له بالشفعة، ولو ترك الخصومة إن كان بعذر نحو مرض أو حبس أو غيره ولم يمكنه التوكيل لا تبطل شفعته؛ لأنه ترك من غير إمكان، وإن ترك من غير عذر لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وعند محمد وزفر وهو رواية عن أبي يوسف: إن أشهد وترك الخصومة شهرًا

من غير عذر تبطل شفعته؛ لأنه لو لم يسقط حق الشفعة بتأخير الخصومة أبدًا يتضرر به المشتري؛ لأنه يتعطل عليه ملكه؛ لأنه لا يمكنه البناء والغرس مخافة أن الشفيع يأخذه ويهدم بناءه ويقلع أغراسه فلا بد من تقديره بزمان دفعًا للضرر عن المشتري فقدرناه بشهر لأن الشفيع لا يمكنه الأخذ إلا بالثمن وربما لا يكون له الثمن حاضرا فيحتاج إلى تحصيل الثمن ولا بد للتحصيل من المدّة فقدرناها بشهر؛ لأنه أدنى الأجل وقد رأى أبو يوسف في رواية أخرى بما يراه القاضي.

وفي رواية عن محمد قدره بثلاثة أيام.

لأبي حنيفة: أن الحق متى ثبت وتقرر وتأكد بالإشهاد لا يسقط إلا بمسقط كسائر الحقوق المتأكدة ولا يجوز أن يتوقت دفعًا للضرر عن المشتري؛ لأنه لا يمكنه دفع ضرر تعطيل ملكه، فإنه إذا رفع المشتري الشفيع إلى القاضي حتى يأخذ بالشفعة أو يسقطها ولا يعطل ملكه، فإنه يجب على القاضي أن يوقت له وقتًا فيقول له إن أوفيته الثمن إلى وقت كذا وإلا بطل حقك؛ لأن القاضي نصب ناظرًا لدفع المضار عن الناس فيكون دفع الضرر إلى القاضي لا إلى المفتي والفتوى على قولهما؛ لأنه ربّما لا يمكنه مرافعة الشفيع إلى القاضي حتى يوقت له وقتًا لأنه ربما يغيب نفسه فكان تمام النظر ودفع الضرر عن المشتري فيما قالا وإذا طلب الشفيع أن يقضي له بالدار والمبيع غير مقبوض لم يقض له حتى يحضر البائع والمشتري جميعًا لكونهما خصمين أحدهما بيده والآخر بملكه؛ لأن القضاء لا يجوز بدون حضرة الخصم، وإن كان المبيع مقبوضًا في يد المشتري فالقاضي يحضره وحده ويقضي عليه؛ لأن البائع خرج من أن يكون خصمًا بزوال يده.

(النوادر): رجل له شفعة عند القاضي تقدمه إلى السلطان الذي تولى القضاء، فإن كانت شفعته عند السلطان فامتنع القاضي من إحضاره فهو على شفعته؛ لأن هذا عذر شفيع بالجوار إذا خاف أنه إذا طلب الشفعة عند القاضي والقاضي لا يرى الشفعة بالجوار تبطل شفعته فلم يطلب فهو على شفعته؛ لأنه تركه بعذر. رجل طلب الشفعة فقال له المشتري دفعتها إليك، فإن علم الشفيع بالثمن صار للشفيع؛ لأنه ملكه منه وصح التمليك، وإن لم يعلم بالثمن لم يصح للشفيع وهو على شفعته؛ لأنه لم يصح التمليك.

(باب العهدة في الشفعة)

وعهدة الشفيع على من أخذت الدار منه وهي الرجوع بالثمن عند الاستحقاق.

وقال الشافعي: العهدة على المشتري بكل حال وهذا بناء على أن الشفيع متى أخذ الدار بالشفعة من البائع لا ينتقض البيع الذي بينه وبين المشتري عنده وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن الشفعة إنما تتعلق بالبيع فكان استحقاق الشفعة بناء عليه ومتى انعدم المبني عليه انعدم البناء ضرورة فاحتجنا إلى إبقاء البيع لإبقاء الشفعة فصار الشفيع نائبا عن المشتري في القبض شرعا وعندنا ينتقض البيع وتتحول الصفقة إليه؛ لأنه لم يوجد القبض من المشتري ومن نائبه؛ لأنه من أناب الشفيع مناب نفسه في القبض فلم يصر نائبا عنه وفوات القبض من المشتري يوجب انفساخ العقد وانفساخ العقد لا يبطل حق الشفعة لا تثبت بالشركة أو الجوار مع الشراء جميعًا والنائب بشيئين لا يزول بزوال أحدهما وهذا لو انفسخ البيع بالرد بخيار رؤية أو شرط أو بعيب فالقضاء لا يبطل حق الشفعة ويسلم الشفيع الثمن إلى البائع متى أخذ المبيع منه ويرجع بالثمن عليه عند الاستحقاق ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن نقده ثم القاضي في الرواية المشهورة عند أبي حنيفة وأبي يوسف يقضي بالشفعة، وإن لم يحضر الثمن ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إليه للحال، فإن لم يسلم يحبسه ولا ينتقض الآخذ بالشفعة؛ لأنه يملك المال بعوض وكان بمنزلة الشراء، فإن طلب من القاضي حتى يذهب ويحضر الثمن فالقاضي لا يحبسه؛ لأنه لم يوجد منه المماطلة، وإن طلب الأجل منه يومًا أو يومين فالقاضي يؤجله إن رضي الخصم ولا يحبسه، وقال محمد: لا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن، فإذا أحضر يقضي بالشفعة ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إلى المشتري، فإن قضي به بالشفعة قبل إحضار الثمن فيأمر الشفيع بدفع الثمن إليه للحال فإن قال لا أنقده إلى يومين أو أكثر وأبى المشتري أن يقبل ذلك لا ينتقض الآخذ بالشفعة ولكن يحبسه، والاحتياط من القاضي أن لا يقضي بالشفعة ما لم يقل للشفيع إن لم تأت بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا شفعة لك حتى إذا امتنع وفرط في الأداء تبطل شفعته، فأمّا بدون ذلك إذا قضى بالشفعة لا تبطل شفعته بتأخير الطلب

نسبة فطلب الشفيع ولم يرض البائع أن يكون الثمن عليه مؤجلا فقال له عجل الثمن ليقضى لك أو امكث ليحل الأجل ثم خذها وانقد الثمن.

وقال الشافعي: يأخذ بثمن معجل.

وقال مالك: يأخذ بثمن مؤجل إن كان مثل المشتري في الملاءَة.

والصحيح قولنا؛ لأن الشفيع يأخذ بمثل الثمن الأول ومتى أخذ بالثمن المؤجل لا يصير آخذًا بمثل الثمن الأول؛ لأن الناس يتفاوتون بعد الملاءة في قضاء الدين فمنهم من يماطل ويتعسر في القضاء والدين على المماطل أنقص من الدين على غير المماطل فللبائع أن لا يرضى به غير أن الحق الثابت أن لا يسقط بمضي الزمان فيأخذ إذا حل الأجل، فإن دفع الثمن إلى المشتري معجلًا فهو له ويبقى ثمن البائع عليه مؤجلا؛ لأن الشفيع بالأخذ صار مشتريًا من المشتري فصار كما لو باع المشتري بثمن معجل بقي ثمن المشتري مؤجلا فكذا هذا.

وإن دفع الثمن إلى البائع سقط الثمن عن المشتري؛ لأن الصفقة انتقضت في حق المشتري وتحولت إلى الشفيع.

(**الزيادات**) أصله: أن البائع والمشتري لا يملكان تصرفًا يتضمن إبطال حق الشفيع ويملكان تصرفًا يتضمن تحويل حق الشفيع؛ لأن القياس يأبى شرع الشفعة، وإنما شرعت لدفع ضرر الدخيل، وكل تصرف يتضمن إبطال أصل حق الشفعة يتضمن إلحاق ضرر الدخيل به فصح، وإذا رد المشتري الدار بعيب على البائع بقضاء أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية ثم حضر الشفيع فأراد نقض رد المشتري ليأخذ منه فتكون عهدته عليه ليس له ذلك؛ لأن الفسخ بهذه الأسباب لم يصح في حق بطلان الشفعة؛ لأنه يتضمن إبطال حق الشفيع، وصح في حق تحويل العهدة إلى البائع؛ لأنه لا يتضمن إبطال حقه، ألا ترى أن البائع لو سلم المبيع إلى المشتري فالشفيع يأخذه من المشتري لا من البائع وليس له أن يعيده إلى يد البائع لتكون عهدته عليه فكذا هذا، فإن رد برضاء فله النقض إن شاء أخذ بالشراء الأول، وإن شاء أخذ من البائع بالرد والعهدة على البائع؛ لأن الرد بالتراضي فسخ في حقهما بيع جديد في حق غيرهما فيجدد حق الشفعة للشفيع ضرورة تجدد البيع،

فإن شاء أخذ بالبيع الأول، وإن شاء أخذ بالثاني كما لو باع المشتري من البائع بعد القبض.

ولو أقر المشتري أن البيع كان تلجئة أو بشرط خيار للبائع فأخذها البائع نقضًا أو رضاء ليس للشفيع نقض الرد، بل يأخذ من البائع وتأويله أنهما أقرا بالبيع المرسل أولًا ثم أقر بشرط الخيار أو التلجئة في البيع فيثبت للشفيع حق الشفعة بتصادقهما على سببه أولا فلا يبطل تصادقهما على خيار البائع آخرًا وليس له نقض الرد؛ لأن التصادق منهما هنا لا يمكن أن يجعل بيعًا جديدًا في حق غيرهما، لأنهما بهذا التصادق يبقيان العقد الأول أصلًا أو وصفًا وهو وصف اللزوم فتعذر أن يجعله هذا بيعًا جديدًا في حق غيرهما فجعلناه فسخًا من كل وجه كالرد بالعيب بقضاء أو بخيار الشرط والرؤية، ألا ترى أن الشفيع لو كان سلم الشفعة لم تتجدد شفعته بهذا السبب بخلاف الرد بالعيب بالتراضي والإقالة؛ لأنه ليس يبقى للعقد الأول ولكنه يصرف في حكمه فأمكن أن يجعل بيعًا جديدًا في حق غيرهما، ألا ترى أن الشفيع لو كان سلم الشفعة ثم رد المشتري بالتراضي تتجدد شفعته. اشترى دارًا لعبد وقبضها ولم يدفع وقبضها ولم يدفع العبد حتى مات أو كان للمشتري خيار فردّ ولم يقبضها البائع حتى حضر الشفيع، فإنه يأخذها من المشتري والعهدة عليه؛ لأنه أخذها من يده ودفع إليه بدلها ولهذا؛ لأن حال المشتري مع البائع بعد الفسخ حال البائع مع المشتري عند قيام العقد؛ لأن تمام الردّ بالعود كما أن تمام العقد بالوصول إلى يد المشتري، وحال قيام العقد لو أخذ من يد البائع فعهد به عليه فكذا هذا. فلا خصومة بين الشفيع والمشتري حتى يحضر البائع؛ لأن الملك عاد إلى البائع ليصادقهما فيكون خصمًا، ألا ترى أن في الابتداء لو حضر الشفيع والدار في يد البائع لم يقض له حتى يحضر المشتري؛ لأن الملك له واليد للبائع فكذا هذا، فإن كذب الشفيع المشتري فيما ادعى من النقض بينه وبين البائع فالمشتري خصيم له ويأخذها منه بالشفعة لأنهما تصادقا على أن الملك واليد كان للمشتري فكان هو خصيمًا للشفيع ثم ادعى المشتري اعتراض سبب يخرج به من أن يكون خصيمًا له قبل حضرة البائع فلا يقبل قوله في ذلك إن أقام المشتري بينة على النقض لم يقبل؛

لأنه لا يخرج عن كونه خصيما إلا بعد إثبات الملك للغائب وهو ليس بخصم عنه في إثبات الملك له فلا تقبل بينته.

(باب الشفيع يطلب الشفعة في البعض)

مسائله على ثلاثة أقسام:

أما القسم الأول فعلى أوجه: إما أن كان المشتري والبائع واحدًا أو كان المشتري واحدًا والبائع اثنين أو على عكسه، فإن كان البائع والمشتري واحدًا فليس للشفيع أن يأخذ بعض الدار المشفوعة دون البعض؛ لأنه يتضرر المشتري بعيب الشركة، فإن الشركة في الدور والعقار عيب وليس للشفيع أن يلحق بالمشتري زيادة ضرر سوى التملك عليه بغير رضاه، وإن كان المشتري واحدًا والبائع اثنين ليس للشفيع أن يأخذ حصّة أحدهما في ظاهر الرواية.

وقال الشافعي: له ذلك بناء على أن عنده هذه الصفقة وقعت مفرقة وعندنا وقعت متحدة فيكون في أخذ نصيب أحدهما قبل القبض تفريق الصفقة على المشتري قبل تمامها ويلزمه عيب الشركة وبعض القبض إن كان تفوت عليه الصفقة بعد تمامها لكن يلزمه عيب الشركة في الباقي فلا يصح إلا برضاه، وإن كان البائع واحدًا والمشتري اثنين فله أخذ حصة أحد المشتريين؛ لأنه انعدم ضرر التفريق وعيب الشركة لوقوعه متفرقًا في حق المشتري فقام هو مقام أحدهما فلا ضرر على أحد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إن كان البائع اثنين فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض وليس له أن يأخذ نصيب أحدهما من المشتري بعد القبض؛ لأن قبل القبض لا ضرر على البائع؛ لأنه أخذ منه جميع ما باع ولا على المشتري؛ لأنه تتفرق عليه الصفقة قبل التمام فكان له رد الباقي بعيب الشركة فيمكنه دفع ضرر عيب الشركة وبعد القبض لا يمكنه دفع الضرر هذا، فإنه لا يملك ردّ الباقي فيلحقه زيادة ضرر بغير رضاه، وإن كان المشتري اثنين فله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض وليس له ذلك قبل القبض؛ لأن قبل القبض يتضرر زيادة ضرر؛ لأنه تفرقت

اليد عليه؛ لأن له حبس جميع المبيع حتى يصل إليه جميع الثمن فمتى أخذ الشفيع نصيب أحدهما ونقد الثمن فله أن يأخذ نصف الدار فيبطل حق البائع في حبس النصف بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه لا ضرر على أحد والجواب عن هذا أن الشفيع إذا نقد الثمن لم يكن له أن يأخذ النصف حتى ينقد الآخر الثمن فكذلك الشفيع.

وأما القسم الثاني: رجل وكل رجلين بالشراء فاشتريا كان للشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحدهما، وإن كان الموكل رجلين والوكيل واحدًا لم يكن له أن يأخذه نصيب أحدهما؛ لأنه ينظر في هذا إلى المشتري دون الموكل.

ولو اشترى عشرة لرجل واحد كان للشفيع أن يأخذ من واحد واثنين أو ثلاثة أو أكثر؛ لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد والوكيل في حق الحقوق أصل؛ لأن العقد واقع له في حق الحقوق فيعتبر إيجاد الوكيل وتعدده.

وأما القسم الثالث: لو اشترى دارين صفقة واحدة أو أرضين أو قرية بدورها وأراضيها أو قرية بأراضيها وشفيعهما واحد فليس للشفيع أن يأخذ إحداهما دون الأخرى.

وقال زفر والحسن: له ذلك بعد القبض؛ لأن فيه تفريق الصفقة على العاقد بعد تمامهما وذلك خاص كما أن للمشتري أن يرد إحداهما بالعيب بعد القبض؛ ولأنه ليس في أخذ إحداهما إلحاق ضرر عيب الشركة بالمشتري.

لنا: أن في أخذ إحديهما تفريق الصفقة على المشتري قبل تمامها باعتبار ما يجب للشفيع من الملك؛ لأن حقيقة الملك غير ثابت قبل الأخذ فيمنع من ذلك من غير رضى المشتري لما أن فيه ضرر بالمشتري لاحتمال أن يكون إحداهما أجود وأحسن وهو إنما رغب في شرائهما باعتبار الأجود وإلا فيدعهما، وإن كان الشفيع شفيعا لإحديهما دون الأخرى فله أن يأخذ التي له فيها الشفعة؛ لأن المشتري، وإن كان يستضر بأخذ الدار المشفوعة فيها دون الأخرى ولكن الشفيع أيضًا يستضر بإيجاب أخذ ما لا شفعة فيه فقد تقابل الضرران وتعذر دفعهما فكان دفع ضرر الشفيع وقد وجد سبب استحقاق الشفعة في إحديهما أولى من دفع ضرر المشتري مع انعدام سبب استحقاقهما في البعض. رجل له خمسة منازل في زقاق غير نافذ

فباع هذه المنازل فطلب الشفيع الشفعة في واحد من المنازل ينظر إن طلب بحق الشركة في الطريق لم يكن له ذلك؛ لأنه تفريق الصفقة من غير ضرورة؛ لأن السبب عمّ الكل وهو الشركة، فإن طلب بحق الجوار وجواره في هذا المنزل لا غير فله ذلك؛ لأن السبب خص هذا المنزل فاختص وجوب الشفعة فيه.

(باب ما يحدثه الشفيع مما يبطل الشفعة وما لا يبطلها)

ولو ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأله أن يوليه إياها أو استأجرها منه أو أخذها مزارعة أو معاملة وذلك بعد علمه بالشراء بطلت شفعته؛ لأن التملك بهذه التصرفات تملك من جهة المشتري بعقد جديد ولا يتصوّر التملك من جهته بعقد جديد ما لم يبطل حقه في الشفعة فكانت دلالة الرضا تملك المشتري، فكذا الاستئجار من المزارعة تقرير لملكه فكانت دلالة الإعراض عن طلب الشفعة.

ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد الشراء بطلت شفعته؛ لأن سبب الاستحقاق هو الجوار وقد زال قبل التملك وقيام السبب يراعى عند التملك؛ لأن المقصود من طلب الشفعة التملك وقد زال السبب قبل التملك فبطل الحق فإن رجعت على ملكه بالردّ بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو بخيار شرط كان للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة لأنه زال عن ملكه والحق قد بطل واضمحل فلا يعود إلا بسبب مستأنف محدد، وإن باعه بشرط الخيار له فهو على شفعته ما لم يلزم البيع؛ لأن ملكه لم يزل بنفس البيع ما لم يلزم البيع فبقي السبب وفي الجواز، فإذا طلب الشفعة في مدّة الخيار كان ذلك منه نقضًا للبيع لأن ذلك دلالة استيفاء ملكه واستقراره في المبيع فيتضمن سقوط خياره، ولو باع بيعًا فاسدًا وقبضه المشتري بطلت شفعته لأن ملكه قد زال بالبيع عند اتصال القبض به، فإذا طلب الشفعة لغيره بطلت شفعته لأنه قصد التملك للغير فيكون رضاء لسقوط الشفعة له، وحق الشفعة تبطل بموته ولا يورث عنه خلافًا للشافعي؛ لأنه يعذر إثبات حق الشفعة للوارث بطريق الإرث؛ لأنه لا يبقى بعد الموت؛ لأنه حق اختيار التملك فيتخير بين الأخذ والترك ولا حق له في المحل بل المحل ملك المشتري

قبل الأخذ بالشفعة من كل وجه وولاية أن يختار من الميت لا يتصور وتعذر إثباته للوارث ابتداء؛ لأن سبب استحقاق الشفعة هو ملك الدار وقت البيع وملك الدار وقت البيع لم يصر للوارث فلم يتحقق السبب في حقه فلا تثبت له الشفعة ابتداء. مات المشتري والشفيع حي له طلبها؛ لأن ذلك حق ثبت له وتعلق بالمبيع فلا يبطل بزوال ملك المشتري عن المبيع بعد موته كما لا يبطل بزوال ملكه بالبيع والهبة حال حياته بخلاف ما لو زال ملك الشفيع بموته يبطل حقه في الشفعة كما لو زال ملكه حال حياته قبل الأخذ فيبطل حقه فكذا إذا زال بموته مات المشتري فباع القاضي داره بدينه أو باعها الوصي لم يبطل حق الشفيع؛ لأن القاضي والوصي نائبان عن الميت.

ولو باع المشتري بنفسه فللشفيع أن ينقض بيعه ويأخذها بالشفعة فهنا أولى وذلك؛ لأن حق الغريم تعلق بالمالية دون العين، وحق الشفيع تعلق بالمالية والعين فكان حق الشفيع أقوى وآكد مع أنه ليس في الأخذ بالشفعة إبطال حق الغريم في المالية فكان ذلك له. قضي للشفيع ثم مات قبل نقد الثمن فعلى ورثته الثمن؛ لأن بالقضاء صار ملكًا له ولزمه الثمن فصار كما لو اشتراه حقيقة.

(الجامع): ولو باع من داره شقصًا شائعًا قبل القضاء بالشفعة لم تبطل شفعته؛ لأن سبب الاستحقاق وهو أصل الملك قائم، فإن هذا القدر يكفي لاستحقاق الشفعة ابتداء فلأن يكفي ببقائها أولى، فإن باع ما يلازق الدار المشفوعة معينًا ولم يبق من داره ما يجاورها بطلت الشفعة؛ لأنه فات سبب الاستحقاق وهو الجوار الملازق قبل القضاء بالشفعة فتعذر القضاء بها. دار بيعت ولها شفعتان بدار بينهما طريقها وطريق الدار المبيعة واحد فاقتسم الشفيعان دارهما فصار الطريق لأحدهما وفتح الآخر طريقه إلى الطريق الأعظم فالذي صار طريقًا له أحق بالشفعة؛ لأن الشريك في الطريق أولى فإن سلم فللآخر؛ لأن الجار شفيع مع خليطه إلا أن الخليط مقدم عليه، فإذا زادت مزاحمة الخليط بتسلمه ظهر حق الجار.

ولو كان الشفيع شريكًا وجارًا فباع نصيبه الذي يشفع به كان له أن يطلب الشفعة بالجوار بخلاف ما لو سلم الشفعة بالشركة فليس له أن يأخذها بالجوار والفرق أن ما وجب له من الحق واحد إلا أنه وجب بسببين مختلفين والحق الواحد إذا بطل لا

يبقى ضرورة وبالتسليم أبطل حقه مطلقًا فبطل أصلًا وبالبيع ما أبطل حقه لو بطل إنما يبطل بارتفاع السبب وبالبيع إن ارتفع أحد السببين وهو الشركة بقي السبب الآخر وهو الجوار فبقي الحق.

دار لها شفعتان قال المشتري لأحدهما اشتريت الدار لك بأمرك فصدقه لا يبطل حقه، وإن أقر بعد ذلك أنه لم يأمره لا بانقضاء بثبوت الشفعة للمقر له بالشراء سواء اشترى الدار لنفسه أو اشتراها للمقر له بأمره؛ لأن من اشترى أو اشترى له كان له الشفعة ولم يوجد منه ما يبطلها؛ لأن تملكه الدار بالشراء طلب منه للشفعة وزيادة لأن من طلب الشفعة يملك الدار بالشفعة في الثاني، فإذا تملكها في الحال قام ذلك منه مقام الطلب والزيادة.

ولو قال المشتري هذه الدار كانت لك ولم تكن لي ولا للبائع أو قال كنت اشتريتها قبلي أو قال البائع وهبتها لك فصدقه بطلت شفعته ولم يصدقا على الشفيع الآخر ويأخذ كلها بالشفعة؛ لأن الشراء قد صح من حيث الظاهر ووجبت الشفعة للشفيعين ظاهرا باعتبار الشراء والمشتري أقر بما يوجب إبطال الشفعة للشفيعين بعدما يهب لهما الحق من حيث الظاهر فبطل حق المصدق لتصديقه ولم يبطل حق المكذب بجحوده لأنهما لا يصدقان عليه.

(النوادر): ولو أقر الشفيع قبل القضاء له بالشفعة أن هذه الدار لفلان الغائب وأنه لم يأمره بالبيع وقال المشتري: لا بل هي للبائع لم تبطل شفعته، وكذلك لو قال البائع وكلني صاحبها بالبيع، وقال الشفيع: لم يأمره صاحبها بالبيع فله الشفعة؛ لأن قول الشفيع لا يصدق في حق المتبايعين فكان المبيع محكوما بصحته في حقهما فجاز للشفيع أن يطالب بحقوقه، وكذلك لو ادعى هذه الدار رجل فشهد له هذا الشفيع فلم يعدّل ثم باعها ذو اليد فللشفيع أن يأخذها بالشفعة ذكره ابن سماعة.

ولو قال الشفيع: هذه الدار لي، فإن أقمت البينة وإلا أخذتها بالشفعة فلا شفعة له؛ لأنه ادعى ملكها والشفعة للتملك ويمتنع أن يملك ما هو على ملكه والشفعة حقّه فلا يجوز أن يملك بالعوض ما هو على ملكه ذكره ابن سماعة عن أبي يوسف وفي المسائل المتقدمة اعترف بكون الشيء على ملك غيره فجاز أن يتملكه بعوض يسلمه إلى غيره.

(باب ما يكون تسليماً للشفعة)

ولو سلم الشفعة بعد البيع قبل العلم بالشراء بطلت، وإن لم يكن المشتري حاضرا؛ لأنه إسقاط حق بدليل أنه يصح من غير قبول ولا يرتد بالردّ ولا يشترط لصحة العلم كالإبراء عن الديون وكالطلاق والعتاق بخلاف مساومة الشفيع من المشتري واستئجاره فإنما يسقط حقه إذا كان عالمًا به؛ لأن الحق هنا يسقط بطريق الدّلالة دون التصريح فلا تصلح دلالة إلا بعد العلم، وإن سلم قبل الشراء لا يصح وله الشفعة؛ لأنه أسقط حقًّا قبل وجوبه وقيل سبب الوجوب لأن سبب ثبوت حق الشفعة الشركة أو الجوار مع الشراء؛ لأنه قط لا تثبت الشفعة إلا بهما والحكم إذا ظهر عقيب سببين ولكل واحد منهما إبراء في إيجاب الحكم بجعل كلاهما سببًا على ما بينا فلا يتم السبب بأحدهما سلم بعض الشفعة كان مسلمًا كلها إذا علم ببيع الكل؛ لأن حق الشفعة لا يتجزأ؛ لأنه لا يملك أن يأخذ البعض دون البعض فإسقاط الصفة يوجب إسقاط كله؛ لأن ذكر بعضه كذكر كله كما في الطريق.

(النوادر): ولو طلب الشفيع نصف الدار بالشفعة بأن قال للمشتري: سلم لي نصفها بالشفعة، فهذا التسليم منه في الكل عند محمد؛ لأنه ترك الطلب، والإشهاد في النصف فبطلت الشفعة فيه فيبطل في الباقي إلا أن يكون طلب الكل فلم يسلم له المشتري فقال: أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف فهذا لا يكون تسليمًا؛ لأن الحق قد تفرد بالإشهاد وهو لم يرض بسقوط الحق في ذلك النصف بعدما تقرر حقه إلا أنه ترك طلب التمليك وذلك لا يبطل الشفعة.

وقال أبو يوسف: لا يكون هذا تسليمًا في الوجهين جميعًا وهو الأصح؛ لأن طلب تسليم النصف لا يكون تسليمًا للباقي لا صريحًا ولا دلالة؛ لأن من له الحق إذا طلب بعض حقه لا يكون ذلك منه رضاء بسقوط الباقي عرفًا، وعادة المشتري إذا قال للشفيع رد علي الثمن ولك الشفعة، فهذا لا يكون تسليمًا للدار والشفيع على شفعته؛ لأن قوله ولك الشفعة إن كان إخبارًا أن الشفعة لك هو صادق في الإخبار، وإن كان تسليمًا للدار كان تسليمًا معلقا، فإذا الثمن والتسليم والتمليك

على هذا الوجه لا يصح. رجل اشترى دارًا وهو شفيعها بالجوار، وطلب جار آخر الشفعة فسلم المشتري الدار كلها إليه كان نصف الدار له بالشفعة والنصف بالشراء؛ لأن المشتري قد تملك الدار والشفيع بعدما تملك الدار حتى سلم الشفعة لشريكه لا يصير لشريكه بالشفعة كالقاضي إذا قضى بالدار بين شفعتين ثم سلم أحدهما الشفعة لم تصر الدار كلها للآخر، المشتري إذا قال للشفيع إن لم يحضر الثمن غدًا فأنت بريء من هذه الشفعة فأجابه إلى ذلك، فلما كان الغد لم يحضر الثمن بطلت الشفعة؛ لأن تعليق تسليم الشفعة بالشرط صحيح؛ لأنّه إسقاط محض، وإن أحضر الدنانير والثمن دراهم هل تبطل شفعته. اختلف المتأخرون فيه والأصح أنه لا يبطل؛ لأنهما في حق الثمنية متحد فقد أحضر الثمن فلم يتحقق شرط البراءة فلم يبطل الشفيع إذا باع حق الشفعة أو وهبه من إنسان لا يكون تسليمًا للشفعة؛ لأن البيع لم يصادق محله أصلًا فلغي.

(**الجامع**): أصله: أن حق الشفعة يحتمل الإسقاط ولا يحتمل النقل والاعتياض عنه؛ لأنه شرع ضرورة دفع ضرر الدخيل؛ لأنه تملك مال الغير بغير رضاه فيظهر ثبوته في حق الاستيفاء والإسقاط، فلا يظهر حق النقل والاعتياض كملك النكاح والقصاص.

وكيل اشترى الدار فقال له الشفيع: سلمت لك صح وبطلت شفعته؛ لأنه خصيمه؛ لأن الشفعة من حقوق العقد وحقوق العقد راجعة إلى العاقد وكان التسليم إسقاطًا.

ولو قال: سلمت لك إن اشتريت لنفسك لم يبطل؛ لأنه تعليق الإسقاط بالشرط وكان عدمًا قبل الشرط.

ولو قال للبائع: سلمت لك والدار ليست في يده صح التسليم استحسانًا لا قياسًا؛ لأن البائع لم يبق خصمًا له؛ لأنه لم يبق له ملك ولا يد في المبيع ولا عهدة عليه فصار كالأجنبي. وجه الاستحسان: أن البائع بقي خصمًا له؛ لأن احتمال الأخذ من البائع قائم، ألا ترى أنه لو ردّت الدار عليه بالعيب بقي خصمًا له بالبيع السابق، وحق الشفيع قبل البائع كان ثابتًا قبل تسليم المبيع، وبالتسليم انقطعت الخصومة

على وجه يتوهم عودها إليه فلا يعتبر الحق منقطعًا بالاحتمال، كمن أقرض النصاب لا يبطل الحق، وإن زال عن ملكه؛ لأنه يحتمل عوده إلى ملكه وصار كمن اشترى عبدًا فباعه من غيره ثم اطلع المشتري الأول على عيب به كان عند البائع الأول فأبرأه بائعه عن خصومة هذا العبد صح، وإن كان لا يملك الخصومة معه لِلحال فكذا هذا وهذه المسألة تنصيص على أن الشفيع لو طلب الشفعة من البائع بعد تسليم المبيع يصح استحسانًا؛ لأنه بقي خصمًا حتى يصح تسليم الشفعة إليه.

ولو قال لأجنبي: سلمت شفعة هذه الدار صحّ وسقطت؛ لأنه سلم الشفعة مطلقًا فمتى صرفنا التسليم إلى الأجنبي لا يصح؛ لأن إسقاط الحق عمن ليس عليه الحق لا يصح فصرفناه إلى المشتري حملًا لكلام العاقل على الصحّة.

ولو قال: سلمت لك لا يصح؛ لأن الأجنبي بمعزل عن هذا العقد فلا يكون التسليم لشفاعته واحترامه وحقه، فلا يكون اللام للتعليل فبقي للتمليك، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك، وإن قال له الأجنبي سلم للمشتري فقال سلمت لك صح استحسانًا؛ لأن هذه العهدة دليل على أنه أسقط الشفعة عن المشتري لشفاعته ولاحترامه وحقه وكان اللام للتعليل؛ لأن الجواب ينتظم إعادة ما في السؤال فصار كأنه قال سلمت الشفعة للمشتري لشفاعتك ولأجلك.

ولو صرّح بهذا صح التسليم فكذا إذا انتظم في كلامه يحمل عليه حملًا لكلامه على الصحة، وكذلك على هذا لو قال الأجنبي لولي القتيل: اعف القاتل عن القصاص فقال ولي القتيل: عفوت لك صح استحسانًا؛ لأنه صار كأنه قال عفوت عن القاتل لأجلك وشفاعتك.

ولو قال للبائع: سلمت لك بيعك أو قال للمشتري سلمت لك شراءك فهو تسليم؛ لأن حق الشفيع حقٌّ في البيع وهو حق الشفعة؛ لأنه متعلق بالبيع فانصرف تسليمه إلى ما هو حقه في هذا البيع، وهو حق الشفعة؛ لأنه متعلق بالبيع فصار مسقطًا له وصار قوله: سلمت لك بيع هذه الدار، وقوله: سلمت لك شفعتها سواء ولأن تسليم البيع تسليم لما أوجبه البيع، وهو الملك للمشتري؛ لأن سلامة البيع بسلامة موجبه وتقرره وتأكده فيجب أن يصير الملك سالما للمشتري بتسليم

الشفيع، وإنما يصير الملك سالمًا له إذا انقطع حق الشفيع عنه فكان تسليم البيع تسليمًا للشفعة.

(باب تسليم الشفعة على مال)

ولو سلم الشفعة على مال فهو على ثلاثة أوجه: إما أن يسلم على مال آخر سوى الدار المشفوعة، أو يسلم على أن يأخذ بعضها منها بعينه أو بغير عينه، فإن سلم الشفعة على مال آخر بطلت بلا مال؛ لأن حق الشفعة لم يظهر ثبوته في حق الاعتياض عنه ولأن الثابت للشفيع حق التملك ولا حق له في المحل، والصلح عن حق التملك لا يصح؛ لأنه فعله والفعل لا يتقوم إلّا بالعقد والاعتياض عما لا قيمة له لا يجوز فلم يجب العوض وبطلت الشفعة؛ لأنه أسقطها بخلاف ما لو صالح عن القصاص والخلع على مال يسقط ويجب المال؛ لأن الحق ثابت في المحل وهو ملك نفس العامل في حق القصاص وأنه متقوم شرعا بالدية وكذا ملك بضع المرأة متقوم بالمهر، فإن سلم شفعته على أن يأخذ نصفها أو ثلثها جاز الصلح؛ لأنّه أخذ بعضًا معلومًا من الدار بثمن معلوم؛ لأن ثمن النصف معلوم يقينًا وإحاطةً، وإن سلم على أن يأخذ بعضًا غير معلوم أو ثلثًا معلومًا يبطل الصلح ولا تبطل شفعته؛ لأن ثمنه مجهول؛ لأنه لا يدري حصته من الثمن إلا بالحزر والظن بأن يقسم الثمن على قيمة هذا البعض وعلى باقي الدار فيصير مشتريًا بما يخصه من الثمن؛ لأن الأخذ بالشفعة أخذ شراء والشراء بالحصّة لا يجوز ابتداء وإنما جوزنا أخذ الدار بالشفعة بقيمة العوض إذا كان ثمنها لأجل الضرورة؛ لأن الشرع علق ثبوتها بالبيع ولا إمكان للأخذ إلا بقيمة العوض وهنا لا ضرورة لأنه يمكنه أخذ الكل بالشفعة، وإذا بطل الصلح بطل التسليم؛ لأنه إنما سلم البعض بشرط أن يسلم له البعض، فإذا لم يسلم له المشروط يبقى حقه في الكل بخلاف ما لو سلم الشفعة على مال آخر بطلت؛ لأن التسليم بمال آخر باطل لا يجوز بحال فكان ذكر المال لغوًا فصار كأنه سلم بلا مال فأمّا تسليم البعض بشرط أخذ البعض جائز، فإن كان ثمن المأخوذ معلومًا وإذا كان ثمنه مجهولًا وقع فاسدًا لا لغوًا باطلًا فوجب اعتبار العوض، فإذا لم يسلم له العوض بقي حقه كما كان.

(الجامع): صالحه أجنبي على أن يسلم الشفعة على مال بطلت الشفعة بلا مال؛ لأنه لا يقبل التمليك والاعتياض لما بينا فبطل الاعتياض وبقي إسقاطًا مطلقًا كمن طلق امرأته على خمر أو خنزير وقبلت طلقت بلا مال وكالأجنبي صالح مع ولي القتيل عن القصاص على خمر أو خنزير يسقط القصاص بلا شيء، فإن قال المصالح: على أن تكون الشفعة لي لم تبطل الشفعة لأن الشفيع لم يسلم الشفعة بل أقام الأجنبي مقام نفسه في الشفعة، فإن الأجنبي صالحه لتكون الشفعة له، وإنما يقوم الأجنبي مقامه في الشفعة إذا بقيت الشفعة على حالها، وصار كالأجنبي لو صالح مع ولي القتيل على خمر أو خنزير على أن يكون القصاص لي لا يسقط القصاص؛ لأنه لم يسقط بل أقام الأجنبي مقام نفسه في القصاص فكذا هذا.

(باب الشفيع يخبر بالبيع على خلاف ما وقع فيسلم)

ولو أخبر أن المشتري زيد فسلم ثم تبين أنه عمرو فله الطلب؛ لأن الناس يتفاوتون في الجوار وحق الشفعة ما ثبت إلا للجوار والرضاء بجوار أحدهما لا يكون رضاء بجوار الآخر ولأنه سلم شفعة عقد لم يعقد بعد؛ لأنه سلم شفعة عقد عقده زيد وزيد لم يعقد بعد وما عقد عمرو لم يسلم شفعته.

ولو تبيّن أن المشتري زيد وعمرو كان له أن يأخذ نصيب عمرو لأن التسليم لم يوجد في حقه، وكذا لو علم أن المشتري فلان وسكت، فإذا هو غيره كان له الشفعة؛ لأن الرضا لم يتم ببطلان الشفعة وصار كرجل استأمر ابنته البكر ولم يسم الزوج فسكتت ثم علمت بالزوج كان لها أن ترد، ولو أخبر أنه بيع بألف ثم علم أنه بأقل فله الشفعة وبأكثر لا شفعة؛ لأن الرضاء بالإسقاط بأكثر الثمن لا يكون رضاء بالإسقاط بأصله فأمّا الرضاء بالإسقاط بالأقل رضاء بالإسقاط بالأكثر دلالة؛ لأن من لم يرض بتملك الدار بألف لا يكون راضيا بأكثر من ألف بطريق الأوْلى.

ولو بلغه أن الثمن صنف من المكيل والموزون أو المعدودات المتقاربة فسلم ثم تبين أنه صنف آخر فهو على شفعته أنه يأخذ الشفيع بمثل ذلك من جنسه لا بالقيمة وقد يتيسر عليه أداء جنس ويتعسر عليه أداء جنس آخر فالرضاء بأخذ الصنفين لا يكون رضاءً بالآخر.

ولو بلغه أن الثمن كان عبدًا أو عرضًا ثم تبين أنه جارية ينظر إن كان قيمة الجارية مثل قيمة العبد أو أكثر بطلت، وإن كانت أقل من قيمة العبد لا تبطل لأن قيمة العرض دراهم أو دنانير فكأنه أخبر أن الثمن ألف درهم أو مائة دينار فسلم، فإذا هو مائة دينار لم يذكره في الأصل نصًا.

وذكر الكرخي ينظر إن كانت قيمة الدنانير ألفًا فأكثر صح التسليم، وإن كانت أقل لم يصح وله الشفعة وهو قول أبي يوسف.

ورُوي عن زفر: له الشفعة في الوجهين قالوا وهذا قول أبي حنيفة وإليه أشار محمد في الأصل.

لأبي يوسف: أنهما جعلا كجنس واحد في حق الثمنية كما في الزكاة وكما لو باع بالدرهم فاشتراه بالدنانير بأقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز فكان التسليم بأحدهما تسليمًا بالآخر.

لأبي حنيفة وزفر أنهما اعتبرا جنسين مختلفين في الإخبار حتى كان الإكراه على الإقرار بالدراهم لا يكون إكراها على الإقرار بالدنانير حتى لو أقر المكره عليه بالدنانير يصح وكذا في بعض الإيجابات حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا.

ولو استأجر دارًا بعشرة دراهم ثم أجرها بدينار قيمته أكثر من عشرة دراهم طابت له الزيادة وتسليم الشفعة، وإن كان إيجابا إلا أنه بنى على الإخبار، فإنه أخبر أن الثمن كذا وفي الإخبار اعتبرا جنسين مختلفين وفي بعض الإيجابات كذلك فترجح ما يوجب اختلاف المجانسة على ما يوجب إيجادها فالتحقا بخلاف المجانسة وقد يسهل عليه أداء أحدهما ويتعسر الآخر فالتسليم في أحدهما لا يكون تسليمًا في الآخر.

ولو أخبر أنه بيع نصفها ثم علم أنه بيع كلها فله الشفعة؛ لأنه رغب في شري النصف بعيب الشركة لا يكون راغبا عن شراء الكل وليس فيه عيب الشركة.

ولو أخبر أنه بيع كلها فسلم ثم علم أنه بيع نصفها بطلت الشفعة لأن من رغب عن شراء الكل وليس فيه عيب الشركة كان أرغب عن شراء النصف وفيه عيب الشركة قالوا وتأويلها أن يكون ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر أنه بيع الكل

بألف ثم علم أنه بيع النصف بألف فلا شفعة، فإذا أخبر أنه بيع الكل بألف ثم ظهر أنه بيع النصف بخمسمائة يجب أن يكون على شفعته لأن الإنسان قد يرغب عن شراء الكل بألف بأن لا يقدر على الألف ويرغب في شراء النصف بخمسمائة؛ لأنه يقدر عليه.

(النوادر): ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم الشفيع الشفعة ثم حطّ البائع عن المشتري شيئًا من الثمن وقبل الحط فله الشفعة؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد فصار كما لو أخبر بالبيع بألف فسلم الشفعة ثم تبين أن البيع كان بخمسمائة وصار كالبائع إذا زاد عبدًا أو أمة بعدما سلم الشفيع الشفعة كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها من الثمن؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد فتبين أن حصة الدار من الثمن أقل ممّا علم الشفيع، ونظيره لو سمع الشفيع بيع الدار بألف فلم يطلب الشفعة ثم إن البائع حط منه خمسمائة فسمع الشفيع فله أن يأخذ بالشفعة؛ لأنه تسلم الشفعة في الشراء بألف وبالحط تبين أن الشراء كان بخمسمائة؛ لأنه يلتحق بأصل العقد.

ولو قضي له بالشفعة ولا يعلم بالثمن ثم علم فله الخيار؛ لأن رضاه بالأخذ إنما يتم إذا علم بالثمن؛ لأن الإنسان قد يرغب في الأخذ إذا كان قليلًا ولا يرغب إذا كان الثمن كثيرًا؛ ولأنه لو كان عالمًا بالثمن فله الخيار، فإذا لم يعلم بالثمن أولى. رجل اشترى دارًا فسلم الشفيع شفعتها ثم تبين أنّه قد اشتراها لغيره فهو على شفعته؛ لأنه رضي بالتسليم له لا بالتسليم للموكل.

(فصل)

سلم الشفعة ثم قال المشتري للبائع: كان البيع تلجئة لا تتجدد شفعته؛ لأن بعدما سلم الشفيع الشفعة لم يبق له حق فصحّ إقرارهما بأن البيع كان تلجئة فكان فاسدا؛ لأنه لم يتضمن هذا الإقرار إبطال حق الشفيع فصار الثابت بإقرارهما كالثابت معاينة.

ولو ثبت معاينة أن البيع كان تلجئة لا يتجدد للشفيع حق الشفعة فكذا هذا بخلاف ما قبل التسليم؛ لأن حق الشفعة للشفيع ثبت من حيث الظاهر بصحّة البيع ظاهرًا وإقرارهما بالتلجئة يتضمن إبطال حق الشفيع فلم يصح في حقه. سلم الشفعة

في هبة بعوض ثم أقر أنه كان بيعًا بذلك العوض لم تعد الشفعة؛ لأن العوض بهبة بعد لقابض البدلين والبيع سواء فيكون تسليم الشفعة في أحدهما تسليمًا في الآخر.

ولو سلم في هبة بغير شرط عوض ثم تصادقا أنها كانت بشرط فله الشفعة؛ لأن الهبة بغير شرط العوض لا يكون بيعًا فقد سلم الشفعة قبل البيع؛ لأن إقرارهما لم يصح في حق الشفعة فلم يثبت شرط العوض في حقه. سلم الشفيع الشفعة فردّ المشتري على بائعه بعيب بعد القبض برضاء فللشفيع أن يأخذها بالشفعة؛ لأنه بيع جديد في حق ثالث وكذلك الإقالة قبل القبض أو بعده، وإن ردّ بعيب أو بخيار شرط أو رؤية قبل القبض برضاء أو قضاء أو بعد القبض بقضاء فلا شفعة؛ لأن هذا فسخ في حق الكل فعاد إليه قديم الملك فلا تجب الشفعة.

(النوادر): ولو سلم الشفيع الشفعة ثم جعل المشتري للبائع خيار يوم جاز، فإن نقض البائع البيع في ذلك اليوم لا يتجدّد للشفيع حق الشفعة رواه ابن سماعة عن محمد رحمهما الله.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن أبي يوسف: أن فيه الشفعة، لمحمد أن الخيار الملحق بالعقد بعد انبرامه بمنزلة اشتراطه في الابتداء وفي اشتراطه ابتداء لا تجب الشفعة بفسخه؛ لأن فسخ البائع البيع لا يقف على رضا المشتري فلم ينتقل الملك إليه بتراضيهما بل بفعل أحدهما من غير رضا الآخر فلم يكن في معنى البيع في حق غيرهما.

لهما: أن المبيع على ملك المشتري وقد سلطه على فسخ ملكه ونقله إلى نفسه ورد الثمن إليه فصار إذنًا له بالفسخ دلالة فحصل الفسخ بتراضيهما فنزل منزلة الإقالة، وفي الابتداء لم يدخل المبيع في ملكه فلا يكون الفسخ بيعًا جديدًا في حق غيرهما.

(باب الشفعة بين الشفعاء)

إذا سلم أحدهم قبل القضاء بالشفعة فللباقين الشفعة في الكل؛ لأن حق الشفعة ثبت لكل واحد في الكل، لوجود سبب الاستحقاق في الكل، وهو أصل إيصال

الملك كما في حالة الانفراد إلا أنه لم يظهر الكمال ويتجزى وينتقض حالة المزاحمة، فإذا ارتفعت المزاحمة بتسليم البعض ظهر الحق في الكل، ويجوز الجمع بين الحقوق بجماعة من غير إيجاد الملك في عين واحدة لكل واحد كملًا لفائدة أنه متى ترك أحدهم حقه أخذ الآخرون الكل، كالديون إذا اجتمعت في التركة، فأسقط بعضهم حقه فللباقين أخذها، وكالوصية بعبده لا بنين أبطل أحدهما وصيته للآخر أن يأخذ العبد كله فكذا هذا، وليس للآخر أن يأخذ نصفها؛ لأن فيه إلحاق ضرر عيب الشركة بالمشتري وليس للشفيع إلحاق زيادة ضرر بالمشتري سوى التملك.

ولو سلم أحدهم بعد قضاء القاضي بالشفعة لهم ليس للآخر إلا أخذ النصف؛ لأن الشفيع بالقضاء يملك الدار المشفوعة، وإيجاب الملك كملًا لكل واحد متعذر؛ لأنه لا يفيد، وإن كان أحدهما غائبا فللحاضر أخذ كلها؛ لأن جميع الحاضر قد تأكد وتقرّر بالطلب فكان ثابتًا قطعًا ويقينًا، وحق الغائب لم يتأكد بالطلب لاحتمال أنه لا يطلب فكان ثبوته متزلزلًا مشكوكًا فيه، فلا يجوز تأخير الحق الثابت يقينًا وإحاطة بحق هو متزلزل مشكوك، ولأن في التأخير نوع إبطال، وهذا كمن أقر بعبده لغائب ثم أقر به لحاضر وصدقه الحاضر، فإنه يدفع العبد كله إلى الحاضر؛ لأنه حقه قد تأكد وتقرر بالإقرار والتصديق وحق الغائب لا فكذا هذا، فإن جاء الغائب فطلب قضي له بالنصف؛ لأنه يساويه في السبب، وإن جاء ثالث قضي له بثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما.

(المنتقى): دار بيعت ولها جاران أحدهما حاضر والآخر غائب، فخاصم الحاضر إلى قاضٍ لا يرى الشفعة بالجوار، فأبطل شفعته، ثم حضر الغائب فخاصم إلى قاضٍ يرى الشفعة بالجوار. قضي له بجميع الدار؛ لأن القاضي الأول أبطل شفعة الحاضر فبقي الآخر متفردا فاستحق الكل.

ولو كان القاضي الأول قال: أبطلت كل شفعة تتعلق بهذه الدار لم تبطل شفعة الغائب؛ لأن هذا قضاء على الغائب فلا ينفذ ولا تبطل شفعته إلا على قول من يجوّز القضاء على الغائب.

(الجامع): دار لها شفيعان حاضر وغائب فقضى للحاضر كلها، فلم يقبضها حتى ردّها بعيب بقضاء أو رضاءً، ثم قدم الغائب ليس له إلا النصف؛ لأن القاضي لما قضى للحاضر فقد أسقط حق الغائب عن النصف؛ لأن الغائب يصير مقضيًا عليه في النصف كما لو كان حاضرًا فبطلت شفعة الغائب في النصف والحق إذا سقط لا يعود؛ لأن الساقط مثلًا شيء لا يحتمل العود والقضاء بالشفعة، وإن انتقض بالردّ من الأصل إلا أن حق الشفعة بعد بطلانها لا تحتمل النقض بسبب ما، فلا تعود ببطلان القضاء، وكذلك إن ردّها بقضاء بعد القبض لأنه فسخ في حق الكل، وإن ردّها برضاء فللحاضر أن يأخذ نصفها بالصفقة الأولى، وإن شاء كلها بهذا الرد؛ لأن الردّ بالعيب بعد القبض بالتراضي بيع جديد في حق ثالث فيتجدد له شفعة أخرى بالرد.

ولو لم يقض للحاضر بالدار فرأى عيبًا وتركها فللغائب أخذ الكل إذا حضر؛ لأن القاضي ما أبطل حقه في النصف فبقي الحق ثابتًا في الكل لما بيّنا.

دار بيعت ولها ثلاثة شفعاء أحدهم حاضر فطلب الكل وأخذها، ثم حضر أحد الغائبين فله أن يأخذ نصف ما في يده، فإن صالحه على الثلث فله ذلك؛ لأنه ترك بعض حقه واستوفى بعضه وأنه معلوم، والمشتري رضي بضرر التفريق فيجوز، كما لو صالحه مع المشتري على هذا الوجه، فإن حضر الثالث أخذ من صاحب الثلث ثلث ما في يده فيضمان إلى ما في يد الآخر فيقسمانه نصفين؛ لأن المسلم سلم شفعته في ثلث الدار، ولم يسلمها في ثلثي الدار؛ لأن تسليمه لم يصح فيما أخذ؛ لأن ذلك سالم له، ولا يصح في مثل ما أخذ مما في يد صاحبه؛ لأن صاحبه يستحق مثل ذلك لا بتسليمه وذلك ثلثا الدار، وصح في الثلث الباقي فكان الثلث الآخرين بلا مزاحمة. بقي ثلثان استوت حقوقهما فيهما فيكون بينهم أثلاثا فيحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه نصف ولثلثيه ثلث، وذلك ثمانية عشر في يد المصالح ستة، فيأخذ الثالث منه ثلاثة وهو سهمان يضمهما إلى ما في يد صاحبه وهو اثنا عشر فيصير أربعة عشر بينهما نصفين لكل واحد سبعة، فإن كان لهم شريك رابع أخذا من صاحب الثلث نصف ما في يده فيضمانه إلى ما في يد الآخر، وقسماه أثلاثا يكون

لصاحب الثلث ثلثه، وللباقي خمسة عشر لكل واحد خمسه؛ لأن الثلث وهو ستة بين ثلاثة سوى المصالح؛ لأنه وجد فيها التسليم من المصالح والثلثان بين الأربعة لكل واحد ثلاثة، فلو أن الرابع ظفر بمن أخذ الثلث لا غير وقد قسمت الدار على ثمانية عشر كما ذكرنا أخذ نصف ما في يده؛ لأن حقوقهم في ذلك مستوية؛ لأنه لم يجز فيه تسليم من واحد، فإن حضر أحد الباقين وفي يده سبعة جمع ما في يده إلى ما في يد المصالح، وإلى ما في يد الرابع وذلك أربعة فيصير أحد عشر، للمصالح سهمان وثلثا سهم والباقي بين الآخرين نصفان إلى ثمانية أسهم من ذلك ثلثا الدار حقوقهم فيها مستوية؛ لأنه لم يجز من واحد منهم فيه تسليم فتكون هذه الثمانية بينهم أثلاثا ثلثها نصيب المصالح وذلك سهمان وثلثا سهم.

دار لها ثلاثة شفعاء اشترى اثنان منهم الدار على أن لأحدهما السدس والباقي للآخر صح الشرط ولا شفعة لأحدهما في نصيب الآخر؛ لأن كل واحد منهما لما شرط لصاحبه نصيبًا معلومًا ما صار مسلمًا شفعته فيما صار لصاحبه؛ لأنه إنما سلم المشروط لصاحبه إذا انقطعت شفعته عنه، فإن حضر الثالث قسمت الدار على ثمانية عشر لمشتري السدس سهمان ولكل واحد منهما ثمانية والمسألة تخرج من تسعة؛ لأنا نحتاج إلى حساب، له ثلث ولثلثه ثلث ولثلثيه نصف صحيح وأقله تسعة؛ لأن مشتري السدس سلم الشفعة في ثلثي الدار؛ لأنه لم يكن مسلمًا شفعته في قدر المأخوذ وفي مثل المأخوذ سالم له، وفي مثل المأخوذ سالم لصاحبه بلا تسليم، فظهر أن تسليمه في ثلثي الدار فكان الثلث بينهم أثلاثا لاستواء حقوقهم فيه والثلثان بين الآخرين نصفان، وهذه السهام تخرج من تسعة، فإن بقي الثالث صاحب السدس ولم يلق الآخر أخذ نصف ما في يده لما عرف، فإن لقيا الآخر قسمت الدار بينهم على ثمانية عشر على ما مرّ. اشترى دارًا لها شفيعان فصالح أحدهما على أن يأخذ نصف الدار، ثم حضر الآخر فظفر بالمشتري أخذ ما في يده، فإن ظفر بالشفيع بعده أخذ نصف ما في يده؛ لأن الشفيع الأول لما أخذ النصف من المشتري، وكان له أن يأخذ الكل فقد سلم شفعته في النصف الثاني، فكان للشفيع الثاني أن يأخذ النصف الثاني من يد المشتري؛ لأنه لا شفيع لهذا النصف، وبقي حقهم في النصف الآخر

مستويا فيكون بينهما، فإن لقي الشفيع الأول لا غير أخذ نصف ما في يده لاستواء حقهما فيه، فإن ظفر بالمشتري بعده أخذ جميع ما في يده؛ لأنه سلم له بلا منازعة. دار بيعت ولها ثلاثة شفعاء فحضر اثنان وأخذا الدار ثم ظفر الغائب بأحدهما أخذ منه نصف ما في يده؛ لأنه يساويه في الاستحقاق، فإن أخذه وغاب كان للمأخوذ منه أن يأخذ من شريكه ربع ما في يده ليصير في يد كل واحد منهما، ثلاثة أثمان الدار؛ لأنهما استويا في الاستحقاق. وفي يد المأخوذ منه ربع الدار، وفي يد شريكه الحاضر نصف الدار فيحتاج المأخوذ إلى أن يأخذ ربع نصف ما في يد شريكه ليستويا في الأخذ، فصار النصف الذي في يد شريكه أربعة، فصار الكل ثمانية، أخذ الغائب سهمين فيأخذ المأخوذ منه سهمًا من الآخر ليصير في يد كل واحد ثلثه، فإذا اجتمعوا قسموا ما في أيديهم أثلاثا حتى يصير في يد كل واحد ثلث الدار. دار لها ثلاثة شفعاء، اشترى اثنان فحضر الثلاثة فظفر بأحدهما فأخذ نصف ما في يده وسلم الآخر صح، ويقسم ثلاثة أرباع الدار بين المشتريين نصفين؛ لأن تسليمه صح من حيث إنه إسقاط لا من حيث إنه تمليك؛ لأن حق الشفعة لا يحتمل التمليك من غيره، فلم يصح تخصيصه لأحدهما بالتسليم له ورجع الإسقاط إليهما، ومتى سقط ظهر حق الآخرين على التساوي.

ولو وجدهما أخذ من كل واحد ثلث ما في يده صح واحد من الآخر ثلث ما في يده، ويرجع المأخوذ منه على صاحبه؛ لأن الشفيع الثالث استحق أن يأخذ ثلث ما في يد كل واحد منهما قبل التسليم، لأنه مساويهما في الاستحقاق، فإذا سلم لأحدهما صار مسقطًا حقه نقد من السدس ويبقى حقه في السدس، وهو ثلث ما في يد الذي لم تسلم له الشفعة وبقي خمسة أسداس الدار في يد المشتريين سدساه في يد أحدهما وثلث أسداسه في يد الآخر، وقد صح الإسقاط في حقهما وظهر حقهما على التساوي فيرجع المأخوذ منه على صاحبه بنصف السدس ليستويا، وكذلك لو كان المشتري غير الشفيعين وأخذ شفيعان الدار ثم حضر ثالث فظفر بهما، ثم سلم لأحدهما فالجواب ما قلنا.

ولو كان المشتري واحدًا فحضر الشفعاء الثلاثة فطلبوا، ثم أبطل أحدهم حقه

على أحد صاحبيه بطل عن الآخر، ولم يبق له شيء من الشفعة؛ لأن المشتري إذا كان واحدًا فلو صح تسليمه في النصف دون النصف تضرر فيه المشتري؛ لأن في أخذ النصف الباقي تفريق الملك عليه وفيه ضرر له؛ لأنه عيب بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن الملك وقع للمشتريين الشفيعين نصفين، فمتى صح تسليمه لأحدهما لا يلحق أحدهما ضرر عيب الشركة.

(باب الأخذ بالشفعة بعد القسمة)

اشترى نصف دار فقاسم البائع لم يكن للشفيع إبطال القسمة؛ لأن القسمة برضاء أو بقضاء ويأخذ ما أصاب المشتري؛ لأن القسمة من تتمة القبض؛ لأن قبض المشاع ناقص وليس للشفيع نقض قبض المشتري، فلا يكون له نقض ما هو من بتمامه ولأنه لو نقض القسمة احتاج إلى الإعادة ثانيا، فيكون نقض القسمة اشتغالًا مما لا يفيد فلا ينقض ليعيد.

(**الجامع**): اشترى نصف دار فأخذها الجار بالشفعة وقاسم البائع ثم حضر الشريك في الطريق يأخذ ما صار للشفيع بالقسمة فلا ينقض قسمته لأن الجار بالأخذ بالشفعة صار شريكا في هذه الدار فكانت القسمة مستحقة له والقسمة متممة القبض مكملة له، فكما أنه ليس للخليط نقض قبض الجار لا يكون له نقض قسمته، ولأنه لو نقض هذه القسمة لاحتاج إلى إعادتها، ونقض الشيء ليعاد مثله اشتغالًا بما لا يفيد. اشترى دارًا والشفعاء ثلاثة فأخذ اثنان منهم الدار واقتسما، ثم حضر الثالث له أن ينقض القسمة ويأخذ ثلثها غير مقسوم ثم يقسم؛ لأنه لو لم يستحق نقض القسمة لتضرر به؛ لأنه يصير حقه شائعًا متفرقًا في النصيبين بعدما كان مجتمعًا فيحتاج إلى المقاسمة مع كل واحد من الشفيعين النصف الذي في يده وفي ذلك ضرر عليه؛ ولأنه متى نقض القسمة لا يحتاج إلى إعادة مثلها، فإنه يقسم الدر بينهم أثلاثًا قسمة واحدة، فإن حضر الثالث بعد غيبة أحدهما أخذ ربع ما في يد الحاضر؛ لأن نصف ما في يده مأخوذ بحكم الشفعة ونصفه مأخوذ بحكم القسمة الفاسدة عوضًا عما تركه؛ لأن القسمة بين الشفيعين فاسدة في حق الشفيع الثالث

نفيا للمضرة والمفسدة حتى لا يتفرق نصيبه، والمقبوض بحكم الشفعة للشفيع الثالث المشاركة فيه وذلك ربع كل الدار، والمقبوض بحكم القسمة الفاسدة لا شفعة للثالث فيه؛ لأنه بمنزلة المقبوض بحكم المبايعة الفاسدة، ثم إذا حضر الغائب نقض القسمة؛ لأنها وقعت فاسدة في حق الثالث فيجب نقضها لفسادها ثم يستقبلون القسمة بينهم أثلاثا.

(باب تصرّف المشتري في الدار المشفوعة)

وتصرفات المشتري في الدار المشفوعة صحيحة إلى أن يحكم للشفيع بالشفعة، وله أن يهدم ويؤاجر وتطيب له الأجرة؛ لأن إطلاق التصرف ونفاده يعتمد الملك، والملك ثابت للمشتري قبل الحكم بالشفعة؛ لأن الثابت للشفيع حق التملك لا حق له في المحل فخلى المحل وعري عن حق الغير فصار كسائر أملاكه، وإذا ملك المشفوعة المشتري من غيره فللشفيع أن يبطله؛ لأنه مما يبطل حق الشفيع في الأخذ والتملك بمثل الثمن الأول؛ لأنه لا يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول من المشتري الأول ما لم يعد إلى ملكه، ولا يعود إلى ملكه إلا بنقض تمليكه فاستحق الشفيع نقضه بحق سابق له على حق المشتري فكان بمنزلة الاستحقاق.

ولو انهدمت الدار كلها أو احترق البناء أو غرق لا يفعله، فللشفيع أن يأخذ الساحة بالثمن أو يترك؛ لأن البناء تبع ووصف للعرصة، فإن قيام البناء بالعرصة فلا يقابله شيء من الثمن ففواته لا يسقط شيئًا من الثمن كفوات العين والطرف من العبد.

ولو هدمها المشتري أو قطع نخلها أو فعله أجنبي يأخذ بحصتها يوم وقع الشراء إن شاء؛ لأن الأتباع والأوصاف يصير لها حصة من الثمن بالإتلاف؛ لأنها تصير مقصوده بالإتلاف كما في أطراف العبد فيقسم الثمن على قيمة الأرض، وعلى قيمة البناء مبينا لوقت اشتراها فما أصاب البناء يسقط عن الشفيع وكذلك لو نزع باب دار فباعه ولو انهدم بنفسه قسم الثمن على قيمة البناء منهدما وعلى قيمة الأرض؛ لأنه لم يدخل في ضمان أحد فيعتبر قيمته على الحالة التي هي عليها مهدومة.

ولو اتخذها المشتري مسجدًا أو مقبرة ينقض وقال ابن أبي ليلى والحسن:

بطلت الشفعة؛ لأنه أسقط ملكه متقربا إلى الله تعالى، ولم ينتقل إلى أحد من العباد فلا يمكن نقضه كالإعتاق.

لنا: أنه تقرب إلى الله تعالى بنقل ملكه إليه على وجه ينتفع به العباد لا بإسقاط الملك؛ لأن الملك إنما يسقط عن المحل إذا لم يبق محلًا للملك، والمحلية باقية بعد اتخاذه مسجدا؛ لأنّ محلية الملك باعتبار كونه عين الآدمي خلق لمصالح الآدمي، فإنه باقٍ فعلمنا أنه نقل الملك إلى الله تعالى على وجه ينتفع به العباد، وللغير فيه حق فكان لصاحب الحق أن ينقض تقربه كما لو تصدق به على الفقير؛ ولأن حق الغير يمنع صيرورته مسجدًا؛ لأن مع تعلق حق الغير لا يخلص لله تعالى، والمسجد ما أخلصه لله تعالى.

ولو باع المشتري البناء بغير أرض ولم يهدم فللشفيع أن ينتقض البيع في البناء؛ لأن حق الشفيع تعلّق به فقد ورد تصرّف المشتري على محلّ تعلق به حق الشفيع فله نقضه.

ولو بنى المشتري بناء أو غرس غرسًا وسلم الشفعة إلى الشفيع قال الشافعي: إن شاء أخذ بالثمن ويغرم قيمة البناء والغرس، وإن شاء ترك وهي رواية عن أبي يوسف؛ لأن المشتري محق في البناء غير متعد فيه؛ لأنه بنى في ملكه، والأمر بالنقض أثر العدوان والحق لا يولّد العدوان فيقرر البناء ويأخذه الشفيع بالقيمة؛ لأنه أقلُّ ضررًا من النقض.

لنا: أنه بنى على محل تعلّق به حق الغير فكان لصاحب الحق أن ينقضه صيانة لحقه، كما لو باع المشفوعة من غيره، وضرر النقض إنما يلحق المشتري من جهته حين بنى على محل تعلق حق الغير به فلا يعتبر.

ولو أخذ الشفيع بالشفعة وبنى واستحقت الدار أمر الشفيع بنقض البناء ولم يرجع بقيمة البناء على من أخذ منه في ظاهر الرواية.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بقيمة البناء؛ لأنه متملك عليه فصار كالمشتري مع البائع. وجه ظاهر الرواية أن حق الرجوع إنما يثبت لدفع الغرور، فإن البائع التزم سلامة المبيع للمشتري، فإذا لم يسلم له يرجع بالقيمة عليه، فأما هنا

صاحب اليد لم يلتزم سلامة المشفوع للشفيع؛ لأنه تملك المشفوع جبرًا وكرهًا من غير اختيار صاحب اليد فلم يصر مغرورا، فلا يرجع عليه. نظيره: الجارية المأسورة إذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن فاستولدها، ثم استحقت من يده رجع بالثمن على من اشتراها من أهل الحرب، ولم يرجع بقيمة الولد عليه؛ لأنه أخذه منه جبرًا من غير اختياره فلم يوجد الغرور في حقه، وللشفيع أن يقلع زرع المشتري قياسًا كالبناء والغرس وزرع الرطبة، وفي الاستحسان لا يأخذها حتى يحصد ولا أجر له، وإن كان كرمًا أو رطبة يقلعه كالبناء؛ لأن في ترك الزَّرع إلى وقت الحصاد تأخير حق الشفيع إلى غاية معلومة، وفي قلعه إبطال حق المشتري، فإنه محق في الزرع من وجه بخلاف الغرس والبناء؛ لأنه ليس لهذه الأشياء غاية معلومة فكان في الترك إبطال حق الشفيع أصلًا؛ لأن التأخير لا إلى غاية معلومة إبطال معنى فاستوى الحقان في الإبطال فرجحنا حق الشفيع؛ لأنه غير متعدٍّ بوجه ما، والمشتري متعدٍّ من حيث إنه زرع في ملكه وحق الغير متعلق به فلا أجر له؛ لأن المشتري مالك للأرض ولا أجر على مالك الرقبة.

(النوادر): اشترى أرضًا بمائة ورفع منها التراب وباعه بمائة، وطلب الشفيع الشفعة أخذ الأرض بنصف الثمن وهو خمسون؛ لأن الثمن يقسم على قيمة الأرض قبل رفع التراب، وعلى قيمة التراب الذي باعه وقيمتهما سواء فيقسم عليهما الثمن نصفين.

ولو كسر المشتري الأرض وأعادها على ما كانت قبل أن يحضر الشفيع ثم حضر الشفيع يقال للمشتري: ارفع عنها ما أحدث لأن ذلك ملك المشتري ثم الجواب كما وصفنا من قبل.

وذكر في (المنتقى): لو اشترى دارًا ثم صنعها بأشياء كثيرة وزخرفها فجاء الشفيع فهو بالخيار إن شاء أخذها بالشفعة وأعطاه ما زاد فيها، وإن شاء تركها؛ لأن نقض صنعته لا تمكن وفيه نظر: فإن المشتري إذا بنى على الدار المشفوعة بناء كان للشفيع أن ينقض البناء ولا يأخذ الدار ويعطيه ما زاد فيها.

(باب الزيادة والحط في ثمن الدار المشفوعة)

الزيادة في الثمن لا تثبت في حق الشفيع، ولو حط البعض عن المشتري يأخذ الشفيع بالباقي، ولو حط الكل يأخذ بالكل.

وقال الشافعي: يأخذ بالكل في الوجهين بناء على أن الحط عنده لا يلتحق بأصل العقد وعندنا يلتحق حط البعض بأصل العقد وصار كأن العقد وقع بما وراء المحطوط فثبت الحط في حق الشفيع، فأما حط الكل لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه متى التحق بأصل العقد بطل العقد؛ لأن العقد يصير بغير ثمن فيظهر أن المحطوط لم يكن ثمنًا فبقي العقد بجميع الثمن إلا أنه يصح حط الكل في حق المشتري لأنه لاقى دينًا قائمًا في ذمته فصح.

(النوادر): ولو طلب الشفيع الشفعة فسلمها المشتري إليه، ثم نقد المشتري البائع الثمن فوهب له البائع خمسة دراهم من الثمن، وقد قبض المشتري جميع الثمن فعلم الشفيع بالهبة فليس له أن يسترد شيئًا؛ لأن الهبة ليست بحط لأنها هبة العين؛ لأن الثمن صار عينًا بالتسليم.

ولو وهب البائع خمسة دراهم من المشتري قبل قبض الثمن كان للشفيع أن يسترد؛ لأنها هبة الدين لأن الثمن في ذمته.

ولو وكل رجلًا ببيع داره فباعها بألف، ثم حط عن المشتري مائة درهم وضمن ذلك للآمر ليس للشفيع أن يأخذها بالشفعة إلا بالألف؛ لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد.

(الجامع): باع دارًا بثلاثة آلاف وتقابضا فأخذها أحد ورثة البائع بالشفعة فحط البائع عن المشتري في مرضه ألفًا فالحط باطل؛ لأن الشفيع ينزل منزلة المشتري في ملك الصفقة؛ لأنها تحولت إليه وأثر الحط يظهر في حقه فكأنه حط عن وارثه ولم يصح.

ولو حط قبل الأخذ توقف على أخذ الشفيع أو تركه؛ لأن الصفقة لا تتحول إليه إلا بالأخذ، ولو لم يكن الوارث شفيعه ولكن أخذها من المشتري تولية أو مرابحة ثم حطّ عن المشتري في مرضه صح الحط، ويحط المشتري عن الوارث ما حط

عنه وحصته من الربح في المرابحة؛ لأن الحط وقع في بيع الأجنبي لا حقّ للوارث فيه فيكون الحط واقعًا للأجنبي من كل وجه، ثم صار ملكًا للوارث مضافًا إلى الأجنبي لا إلى الوارث لما تخلل بينهما فعل فاعل مختار، وكان بمنزلة ما لو أقر المريض بعين للأجنبي، ثم أقر الأجنبي لوارث المريض يصح فكذا هذا. باع دارًا بمئة درهم وكر حنطة بعينها فأخذها الشفيع بهما، ثم حط البائع عن المشتري المائة فهو جائز ويحطها المشتري عن الشفيع؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد فصار كأن العقد وقع بكر حنطة لا غير، فإن وجد البائع بالكر عيبًا ردّه وأخذ مثله وللمشتري أن يعطيه الكر الذي قبضه من الشفيع، وإن شاء مثله، وإن كان المشتري الأول ولاها رجلًا بمئة وبمثل ذلك الكر فحط البائع المائة وحط هو عن الثاني ثم وجد البائع الأول بالكر عيبًا فردّه رجع بقيمة الدار على المشتري الأول، والفرق أن البيع وأن الفسخ برد الكر في الموضعين؛ لأنه كان بعينه وانفساخ البيع لا يبطل حق الشفعة إلا أنه تعذر إيجاب قيمة الدار على المشتري في الشفعة؛ لأن عجز المشتري عن ردّ الدار بأخذ الشفيع مضاف إلى فعل البائع؛ لأن ثبوت حق الشفعة مضاف إلى إيجاب البائع مع الجوار كما أن ثبوت الملك للمشتري في الدار مضاف إلى إيجابه؛ لأنه كما زال عن ملك البائع يثبت للشفيع فيها حق الشفعة والزوال مضاف إلى تمليك البائع فكان الاستهلال بأخذ الشفيع مضافًا إلى إيجاب البائع فيعذر إيجاب قيمة الدار على المشتري فأوجبنا عليه كرًّا مثل كر الثمن، فأمّا في التولية أمكن إيجاب قيمة الدار على المشتري الأول؛ لأن الملك للمولى له في الدار ثبت من جهة المشتري الأول ببيعه، فتحقق عجزه عن رد الدار بفعله فصار مستهلكًا للدار في حق البائع فيلزمه قيمتها لما انفسخ البيع في الدار تبعًا لانفساخه في الكر.

(باب ما للشفيع أن يأخذ الشفعة بالبيعين)

(النوادر): ولو فسخا البيع الأول وعقدا بيعًا آخر فأخذ الشفيع بالأول إن شاء، وكذلك لو اشتراها بألف فباعها بألفين فللشفيع أن يأخذ بأي بيع شاء، والعهدة على من أخذ منه؛ لأنه تصدى له شيئان فله أن يأخذ بأيهما شاء، ولو علم الشفيع بالبيع

الثاني ولم يعلم بالأول فأخذها بقضاء أو رضا ثم علم بالبيع الأول فليس له أن ينقض أخذهُ؛ لأنه لما تملك بالبيع الثاني سقط حقه في الشفعة في البيع الأول ضرورة حصول الملك له؛ لأنه لا يتصور بقاء حق التملك مع ثبوت حقيقة الملك له فاستوى فيه العلم والجهل.

ولو اشتراها بألف فزاده في الثمن ألفًا فعلم الشفيع بالألفين ولم يعلم بالألف فإن أخذها بالألفين نقضًا يطلب الزيادة وعليه الألف؛ لأن الزيادة في الثمن لا تثبت في حق الشفيع فكان القضاء واقعًا بما ليس بثابت في حق الزيادة، وإن أخذها برضاء كان الأخذ بمنزلة شراء مبتدأ فلم يبق له حق الشفعة.

ولو اشتراها بألف ثم تناقضا البيع ثم تعاقدا بألفين فأخذ الشفيع بألفين بقضاء أو رضاء ولم يعلم بالبيع الأول، ثم علم به فليس له أن ينقضه؛ لأنه اجتمع سببان فالتملك بأحدهما يوجب إبطال حق التملك بالآخر.

(الجامع): ولو اشترى دارًا فباعها من آخر أو وهبها له أو تصدق عليه وقبضها الموهوب له وغاب المشتري فالموهوب له والمشتري الثاني خصم للشفيع عند أبي يوسف.

وعند محمد: ليس الموهوب له والمتصدق عليه خصم حتى يحضر المشتري، وكذلك المشتري ليس بخصم له إن أراد أخذها بالبيع الأول، وإن أراد بالثاني وهو خصم وتسلم للشفعة في البيع الأول وقيل يجب أن يكون قول أبي حنيفة كقول محمد وهو الأصح.

وهكذا ذكر ابن سماعة في نوادره، وذكر الكرخي في مختصره قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف، وعلى هذا الخلاف، المولى إذا باع عبده المأذون المديون من رجل أجاب فالمشتري ليس بخصم للغرماء عندهما. وعند أبي يوسف: خصم.

له: أن الشفيع يدعي حقا في رقبة الدار والحق معتبر بحقيقة الملك.

ولو ادعى ملكًا في الدار ينتصب ذو اليد خصمًا له فكذا إذا ادعى حقًّا فيها ينتصب خصمًا للشفيع ويقضي له بالدار بالثمن وتنتقض الهبة والصدقة؛ لأن الشفيع

يستحقه بحق سابق على حق الموهوب له ويستوي القاضي بالثمن نظرًا للغائب بأن أخذ الثمن من الشفيع ويضعه على يدي عدل أو يتركه في ذمته ويشهد عليه ويأخذ منه كفيلًا به.

لهما: أنا لو جعلناه خصمًا له في الابتداء لاحتجنا إلى إخراجه عن الخصومة في الانتهاء؛ لأنه ما لم ينقض ملكه حتى تعود الدار إلى ملك المشتري لا يمكن أن يقضي له بالشفعة؛ لأن الشفيع إنما يتملك الدار بالشفعة من المشتري الأول لا من الموهوب له، والمشتري الثاني، ولهذا كانت العهدة على المشتري الأول، ومتى نقضنا ملك صاحب اليد وعاد إلى ملك المشتري تثبت الدار في يد ذي اليد أمانة فلا يصلح خصمًا عن المشتري فلا يجعله خصمًا في الابتداء قصرًا للمسافة، فإن قال ذو اليد: أودعنيها فلان يعني المشتري أو أجّرنيها أو عصبته، ولا بيت له فلا خصومة بينهما لأنهما تصادقا أن الملك واليد كان للمشتري الغائب، فإنه وصل إليه من جهته على وجه لا يكون خصمًا لمن يدعي حقا فيها، وإن قال ذو اليد هي لي لم يكن للذي ادعى أنه باعها لم يكن خصمًا عند محمد؛ لأن الشفيع زعم أنها ملك للمشتري الغائب وأنه يتملكها على الغائب وذو اليد غاصب أو مودع وهو لا يكون خصمًا عن الغائب فيصير قضاء على الغائب، وعند أبي يوسف هو خصم؛ لأنه إثبات حق التملك إلا بعد إثبات الشراء فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

(باب الشفعة تزاد فيها الشفعة)

ولو اشترى دارًا ولها شفيع فبيعت دار إلى جنب هذه فأخذها بالشفعة ثم حضر الشفيع وأخذ الدار الأولى بالشفعة فلا شفعة له في الثانية؛ لأن جوار الشفيع حدث بعد شراء الدار الثانية، وبالجوار الحادث لا يستحق الشفعة؛ لأن الدار الأولى كانت مملوكة للمشتري والجوار ثابت له حال بيع الثانية فصح القضاء له بالشفعة، وبطلان الجوار من بعد لا يبطل القضاء الواقع بالشفعة كالشفيع إذا باع الدار المشفوع بها بعد القضاء بالشفعة له، ولو كان الأول جار الدارين والمسألة بحالها يقضى للأول بالدار الأولى وبالنصف من الثانية؛ لأن الشفيع مع المشتري جاران للدار الثانية فاستويا في استحقاق الشفعة للثانية وبالشراء لا يبطل حقه في الشفعة.

(النوادر): وذكر ابن شجاع في نوادره: لو اشترى دارًا ولها شفيع فبيعت دار بجنب هذه الدار المشتراة، فحضر الشفيع وطلب الشفعة، والمشتري للدار الأولى أيضًا طلب الشفعة في الدار الثانية، ينظر إن قضى القاضي بالشفعة في الدار الأولى للشفيع أولا يطلب شفعة الدار الثانية؛ لأنه زال ملك المشتري قبل تملكه الدار الثانية بالشفعة فصار كما لو باع الشفيع داره قبل الأخذ بالشفعة، وإن قضى بالشفاعة الأخيرة للمشتري أولا جاز والشفعة في الدار الأولى باقية للشفيع الغائب ولم يكن له أن يأخذ الدارين بالشفعة لما بينا.

ورُوي عن أبي يوسف فيمن اشترى نصف دار، ثم اشترى آخر نصفها الآخر فخاصمه المشتري الأول فقضي له بالشفعة بالشركة، ثم خاصمه جار في الشفعتين جميعًا، فالجار أحق بالشراء الأول، ولا حق له في الباقي فكذلك لو اشترى نصفها ثم اشترى نصفها؛ لأنه أجنبي في النصف الأول شريك في النصف الثاني، والشريك مقدم على الجار، واستحقاق النصف الأول لا يبطل الشفعة في النصف الثاني. وذكر ابن رستم رجل في يديه دار ميراث فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة بغير قضاء، ثم بيعت دار أخرى بجنب الثانية، ثم أخرى بجنب الثالثة، فأخذ الكل بالشفعة، ثم استحقت الدار الموروثة، فإنه يأخذ المستحق الدار الثانية، والوارث أحق بالثالثة والرابعة؛ لأنه يتبين أن الوارث أخذ الثانية ولا ملك له في الأولى فلم يكن جارًا للثانية، فأما الثانية صارت ملكًا له بالأخذ بالشفعة بالتراضي فكان الملك في الثانية ثابتًا له حين بيعت الثالثة وكان جارًا فاستحقت الشفعة، وزال الملك لا يوجب بطلان الشفعة. وذكر الحسن لو جاء رجل إلى دور شوارع في الطريق الأعظم فاشترى أقصاها ثم التي يليها ثم الأخرى ثم جاء أولا لزيق الدار الأخيرة فطلب الشفعة لم يكن له الأخيرة منهن، فإن جاء لزيق الأولى وطلب الشفعة لم يكن له الأولى، فإن جاء لزيق كلهن جميعًا أخذ الأولى بالشفعة والباقيتين بينه وبين المشتري نصفين. قوم ورثوا دارًا لم يقتسموها فاشترى رجل نصيب واحد بعد واحد حتى استجمعا، ثم جاء الجار يطلب الشفعة، له أن يأخذ نصيب الأول بالشفعة ولا سبيل له على الثاني، ولو اشترى أنصباءهم إلا نصيب رجل غائب فقدم الغائب له أن يأخذ نصيب الأول بالشفعة ثم يشارك المشتري فيما بقي من الأنصباء فيكون بينهما نصفين.

وذكر ابن رستم: رجل اشترى نصف دار، ثم اشترى آخر ثلثها، ثم اشترى آخر سدسها، ثم جاء الشفيع فله أن يأخذ الكل إذا لم يطلب غيره الشفعة، فإن كان المشتري الأول أخذ الثلث الثاني يكون الثلث له والشفيع يأخذ النصف الأول.

ولو أخذ المشتري الثاني السدس الثالث بالشفعة ولم يكن أخذ المشتري الأول شيئًا يأخذ الشفيع النصف والثلث ويكون للمشتري الثاني سدس الثالث.

وروى بشر بن الوليد: لو باع نصف دار من رجل ليس بشفيع وقاسمه بأمر القاضي فقدم الشفيع، ونصيب البائع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري، فإنه لا تبطل شفعة الشفيع؛ لأن القسمة تصرف من المشتري في إتمام قبضه فأصل قبضه لا يبطل الشفعة فكذا إتمامه، فإن باع البائع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولى، ثم طلب الشفيع، فإنه ينظر إن قضى القاضي بالشفعة الأخيرة جعلها بينهما نصفين؛ لأن المشتري قد صار جارًا لنصيب البائع كالشفيع الأول فاستويا فيه وإن بدأ فقضى بالأولى للأول قضي له بالأخيرة أيضًا؛ لأنه لم يبق للمشتري الأول ملك حتى يأخذ به الشفعة الثانية.

(باب اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن)

وإذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن، فالقول للمشتري مع يمينه والبينة للشفيع عندهما.

وقال أبو يوسف: البينة للمشتري أيضًا؛ لأنها بينت زيادة في الثمن، وبينة الشفيع تبعتها فكانت المبينة أولى كالبائع مع المشتري إذا اختلفا في الثمن فبينة البائع أولى.

لهما: أنه إنما يصار إلى الترجيح إذا لم يمكن العمل بالبينتين وقد أمكن العمل بهما في حق الشفيع بأن يجعل كأنه اشتراها بألف ثم بألفين فيجتمع العقدان في حق الشفيع فهل أن يأخذ بأي عقد شاء بخلاف البائع مع المشتري؛ لأن اجتماع العقدين في حقهما غير متصور؛ لأن تجديد العقد في حقهما يتضمن انفساخ العقد الأول.

ولو قال البائع: بعتها بألف وما استوفيت الثمن، وقال المشتري: بألفين والدار

مقبوضة أخذها الشفيع بألف؛ لأن البائع إن كان صادقًا فالثمن ما قاله، وإن كان كاذبًا فالثمن أكثر مما قاله فقد أبرأ المشتري عن الزيادة والإبراء كالحط فينحط عن الشفيع قدر ما انحط عن المشتري.

ولو قال: بعت بألف واستوفيت الثمن وهو ألف يأخذ بالألفين بخلاف ما لو قال: بعت بألف واستوفيت الثمن يأخذ بالألف، والفرق أنه لما أقر بمقدار الثمن أولًا فقد ثبت للشفيع حق الأخذ بألف، فإذا قال قبضت الثمن يريد إبطال حق الأخذ للشفيع بألف؛ لأنه لا يصح منه بيان مقدار الثمن بعد الإقرار بالاستيفاء؛ لأنه لم يبق له حق في المبيع والثمن بعد استيفاء الثمن، وصار هو والأجنبي سواء وكان إقراره بالاستيفاء مبطلًا حق الشفيع فلم يصح إقراره بالاستيفاء.

ولو لم يقر بالاستيفاء يصح منه بيان مقدار الثمن فكذا إذا لم يصح إقراره، فأما إذا أقر بالاستيفاء أولًا لم يصح منه بيان مقدار الثمن آخرًا؛ لأن إقراره بالاستيفاء قد صح؛ لأنه لم يتضمن إبطال حق الشفيع؛ لأنه لم يثبت للشفيع حق الأخذ بمقدار الثمن، فإذا صح إقراره بالاستيفاء لم يصح منه بيان مقدار الثمن؛ لأنه لم يبق له حق فيه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: لو كانت الدار في يد البائع فالقول قوله في بيان مقدار الثمن أقر بالاستيفاء أولًا وآخرًا؛ لأن قبل التسليم البائع ذا حظ من هذا العقد في حق الشفيع، فإن الشفيع يأخذ منه، وضرر هذا البيان عليه متى أخذ منه الشفيع فصح منه بيان المقدار بعد الإقرار باستيفاء الثمن كما يصح قبله.

ولو قال البائع: بعتها بألفين والمشتري والشفيع يدعيانها بألف والدار في يد البائع، فإنهما يتحالفان ويترادان؛ لأنهما اختلفا في مقدار الثمن والسلعة قائمة فصار كما لو لم يكن معهما شفيع.

ولو هدم رجل بناءها واختلف المشتري والشفيع في قيمة البناء، فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأن حاصل اختلافهما في قدر ثمن العرصة، فيكون القول للمشتري، كما لو اختلفا في مقدار الثمن؛ ولأنهما اختلفا في قدر الساقط من الثمن والشفيع يدعي زيادة السقوط والمشتري ينكر، وإن أقاما البينة فالبينة للمشتري على قياس قول أبي حنيفة هكذا قال محمد.

وقال أبو يوسف: على قياس محمد. له البينة للشفيع، وإنما اختلفا في قياس قوله لاختلاف العلتين فيما إذا اختلفا في مقدار الثمن فأقاما البينة فبينة الشفيع أولى. محمد علل له أن بينة الشفيع إنما كانت أولى؛ لأنه أمكن العمل بالبينتين واعتبار العقدين، وهنا لا يمكن ذلك فبقي العمل بإحدى البينتين والعمل ببينة المشتري أولى؛ لأنها زيادة في ثمن العرصة فتتأخر بينة البائع، وأبو يوسف علل له أن بينة الشفيع كانت ملزمة موجبة السلم على المشتري بالشفعة وبينة المشتري غيرت على الشفيع شيئًا وهذه العلة موجودة هنا، فإن الشفيع بعدما ادعى مخير بين الأخذ والترك فلا تكون بينة المشتري ملزمة عليه شيئًا والبينة إنما تقبل للإلزام.

ولو كان الثمن عرضًا بعينه فهلك العرض. ثم اختلفا في قيمة العرض فالقول للبائع وإن أقاما البينة فعند أبي يوسف على قياس قول أبي حنيفة البينة بينة الشفيع، وعند محمد البينة بينة البائع كما لو اختلفا في قيمة البناء، وإذا قال المشتري: اشتريت بألف وأخذها الشفيع بذلك، وأقام البائع البينة أن الثمن ألفان يجب للمشتري على الشفيع ألف أخرى.

وقال زفر والشافعي: لا يجب، وكذلك لو اشترى من آخر شيئًا فأقر أنه له، ثم استحق من يده فالبينة له أن يرجع بالثمن على البائع خلافًا لهما.

لهما: أن إقرار المشتري بالألف قد صح في حق الشفيع ولا يبطل بقضاء القاضي؛ لأن القضاء ينبى على الشهادة والشهادة محتملة مترددة بين الصدق والإفك فصار المشتري مكذبا في حق البائع حتى وجب عليه ألفان مصدقا فيما أقر به للشفيع.

لنا: أن المشتري صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي عليه بألفين بشهادة الشهود، وقد يرجح الصدق في الشهادة ويسقط اعتبار احتمال الكذب بإيصال القضاء به، فصار الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، ومتى بطل قول المشتري بالقضاء بطل ما في ضمنه.

ولو استحق بعض الدار أو عرق فقال المشتري: بقي نصفها، وقال الشفيع: ثلثها

فالقول للمشتري؛ لأن حاصل اختلافهما في قدر الثمن فيكون القول للمشتري كما في أصل الثمن.

(باب اختلافهما فيما وقع عليه البيع)

قال المشتري: اشتريت البناء ثم العرصة فلا شفعة لك في البناء، وقال الشفيع: بل اشتريتهما جميعًا، فالقول للشفيع مع يمينه على العلم؛ لأن المشتري يدعي سقوط حق الشفيع بعدما أقر بثبوت حقه؛ لأنه أقر بأصل شري الدار والبناء جميعًا، وأنه سبب لثبوت حق الشفعة فيهما، فأنكر ثبوت حقه فيهما باعتبار أصل الشراء ومنكرًا بثبوته باعتبار وصف الشراء وقد يعذر الجمع بينهما فكان العمل باعتبار الأصل أولى؛ لأن الصفة تبع له، واعتبار الأصل أولى من اعتبار البيع، وصار كما لو قال أكلت طعامك بإذنك وأنكر الآخر الإذن يلزمه الضمان؛ لأنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى سقوطه، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف.

وعند محمد: البينة بينة الشفيع لما مرّ.

ولو قال المشتري: باعني الأرض ثم وهب لي البناء ثم باع الأرض، وقال الشفيع: بل اشتريتهما معًا، فالقول للمشتري ويأخذ المبيع بلا بناء إن شاء؛ لأنه لم يقر بشراء البناء أصلًا فكان منكرًا ثبوت حقه في البناء أصلًا.

ولو قال: وهب مني هذا البيت بطريقه إلى باب الدار ثم باع مني بقية الدار وصدقه البائع، وقال الشفيع: بل اشتريت الدار كلها فالبيت بطريقه للمشتري، ويأخذ الشفيع بقية الدار؛ لأنه لم يقر بسبب ثبوت الشفعة وهو الشراء في الثلث الموهوب فكان منكرًا ثبوت حقّه فيه أصلًا. اشترى دارًا وقبضها فقال المشتري أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول للمشتري؛ لأن المشتري لم يعترف بشراء البناء بل أنكر حقه فيه أصلًا فكان القول له والبينة للشفيع، لأنها أكثر إثباتا، وكذلك الشجر والزرع وغيره، فإن قال المشتري أحدثت فيها النخل أمس لم يصدق، وكذلك ما لا يحدث مثله من البناء؛ لأنه ظهر كذبه بيقين ما لم يتصور إحداث ذلك في مثل هذه المدة.

ولو قال الشفيع: علمت بالبيع منذ أيام وطلبت، وقال المشتري: ما طلبت فالقول للمشتري، ولو قال: علمت الساعة وطلبت أو طلبت حين علمت، فالقول للشفيع مع يمينه، والفرق أنه لما قال: طلبت حين علمت فعلمه عند القاضي ظهر للحال وقد وجد منه الطلب للحال فيكون القول له، وإذا قال: علمت منذ كذا فعلمه بالشري منذ كذا ثبت عند القاضي بإقراره وطلبه منذ كذا لم يظهر فيحتاج إلى إثباته بالبينة، ونظيره: البكر إذا زُوِّجت فبلغها فردت فاختصما إلى القاضي فقال الزوج: سكتِّ، وقالت المرأة: رددْتُ، فإن قالت: رددتُ حين علمتُ فالقول قولها وإن قالت: علمت يوم كذا ورددت فالقول قول الزوج.

(النوادر): ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملاصق فقال المشتري: اشتريت واحدة بعد واحدة وأنا شريك في الثانية، وقال الشفيع: لا بل اشتريتهما صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما فالقول للشفيع؛ لأن المشتري أقر بشرائهما وذلك سبب لثبوت حق الشفعة ثم يدعي حقًّا لنفسه بدعوى تفريق الصفقة فلا يقبل قوله إلا ببينة.

وكذلك لو قال المشتري: اشتريت نصفًا ثم نصفًا، وقال الشفيع: اشتريت الكل صفقة فالقول للشفيع.

ولو قال: اشتريت ربعًا ثم ثلاثة أرباع فلك الربع، وقال الشفيع: لا بل اشتريت ثلاثة الأرباع أولا ثم ربعًا فالقول للشفيع؛ لأن المشتري أقر بشراء ثلاثة الأرباع، وهو سبب لثبوت حق الشفعة، ثم ادعى ما يسقطه وهو تقدم البيع في الربع فلا يصدق.

وإن قال المشتري: اشتريت صفقة واحدة، وقال الشفيع: اشتريت نصفًا فأنا آخذ النصف فالقول للمشتري ويأخذ الشفيع الكل أو يدع؛ لأن الشفيع يريد تفريق الصفقة وفيه إلحاق ضرر عيب الشركة بالمشتري فلا يقبل قوله.

(باب الاختلاف في صحّة البيع وفساده)

روي عن أبي يوسف: لو تصادق البائع والمشتري أن البيع كان فاسدًا، وقال الشفيع: كان جائزًا، فالقول قول الشفيع، كما لو اختلف المتعاقدان في الصحة

والفساد كان القول قول من يدعي الصحة، فكذا إذا اتفقا على الفساد وخالفهما الشفيع، هذا إذا ادعيا الفساد بأجل فاسد أو خيار فاسد.

ولو اتفقا على أنهما باعا بخمر أو خنزير فالقول قول من يدعي الفساد؛ لأنه عقد فاسد لا يصح أبدًا كما لو اختلف المتبايعان في ذلك، فالقول لمن يدعي الفساد فكذا هذا.

فأمّا على قول أبي حنيفة ومحمد فلا تجب الشفعة؛ لأنه يجري مجرى شرط الخيار، ومتى توافقا على شرط الخيار لا تجب الشفعة. رجلان تبايعا وطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما فتصادق البائع والمشتري أن البيع كان تلجئة لا يصدقان على الشفيع لأنهما أقرا بأصل البيع، فيكون القول قول من يدعي الجواز، ولهذا لو اختلف المتبايعان على هذا الوجه فالقول للمشتري إلا إذا كان الحال يدل عليه بأن كان المنزل كثير القيمة وقد بيع بثمن قليل لا يباع مثله به، فحينئذ يكون القول قولهما ولا شفعة للشفيع؛ لأن الظاهر يشهد لهما، ولهذا لو اختلف البائع والمشتري على هذا الوجه كان القول للبائع.

(**الجامع**): فإذا اتفق البائع والمشتري أن البيع كان الخيار للبائع وأنكر الشفيع فالقول لهما؛ لأنهما أنكرا ثبوت حق الشفعة لما توافقا على عقد لا يوجب حق الشفعة ولأن العقد تم بهما، وكانا أعرف بعقدهما فكان القول لهما في بيان كيفيته وصفته كما كان القول لهما في كيفية الثمن.

ولو وافق المشتري الشفيع في أن لا خيار وادعى البائع الخيار ولم يمض الثلاثة فالقول للمشتري، وقد رُوي عن أبي حنيفة في النوادر: أن القول قول البائع وهذا جواب القياس، والمذكور في الجامع جواب الاستحسان، وجه القياس أن البائع بدعوى الخيار ينكر زوال المبيع عن ملكه معنى، والمشتري وإن كان منكرًا شرط الخيار صورة فهو مدعٍ تملك المبيع على البائع فيكون القول للبائع. وجه الاستحسان أن البائع بدعوى الخيار يدعي إحداث فعل وشرط على المشتري، فإن خيار الشرط لا يثبت للبائع إلا باشتراط المشتري، والمشتري ينكر ذلك فيكون القول قوله كالمشتري إذا ادعى تأجيل الثمن والبائع ينكر.

وعن محمّد القول قول من ينكره وعن أبي يوسف إن تفرقا عن المجلس فلمن ينكر، وإن لم يتفرقا فلمن يدعيه.

(باب التناكر والتخاصم فيما يستحق به الشفعة)

وإذا أنكر المشتري أن الدار التي في يد الشفيع للشفيع حتى يقيم البينة أنها داره.

وعن أبي يوسف: أنه يستحق الشفعة باليد وهو قول زفر والشافعي؛ لأن اليد دليل الملك ظاهرًا، ولهذ لو رأى شيئًا في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك بناء على اليد.

لنا: أن اليد دليل الملك ظاهرًا والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق على الغير كالحريّة الثابتة للشاهد باعتبار الظاهر حتى لا يصلح حجّة للاستحقاق والإلزام حتى لو أنكر المشهود عليه حريّة الشاهد لم يكتف بحرية الأصل.

(النوادر): رُوي عن أبي يوسف: لو ادعى على رجل دارًا فأقام البينة أن هذه الدار كانت في يدي ابنه مات وهي في يده فإنه يقضى له بالدار.

ولو بيعت دار بجنبها، فإنه لا يستحق بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك؛ لأنّ القضاء باليد ليس نقضا بالملك في حق الغير.

ولو قال المشتري: لا أعرف لمدعي الشفعة دارًا يستحق بها الشفعة فالقول قوله؛ لأن الظاهر لا يكفي للاستحقاق.

ولو أراد الشفيع أن يحلفه فله ذلك؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه مع كونه خصمًا، ثم يحلفه على الثبات عند محمد.

وعند أبي يوسف: على العلم وعليه الفتوى؛ لأن هذ تحليف على ملك دار ليست في يده، والتحليف على ما ليس في يد إنسان يكون على العلم. دار في يدي رجل أقر أنها لآخر فبيعت دار بجنبها، فطلب المقر له بالشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البينة أن الدار داره؛ لأن الإقرار حجّة قاصرة فيظهر في حق المقر خاصّة، فلا يظهر الملك في حق المشتري لإثبات التملك بالشفعة.

وذكر في (المنتقى) عن أبي يوسف: رجل في يده دار عرف القاضي أنها له فبيعت دار بجنب هذه فقال الشفيع بعد البيع: الدار التي فيها الشفعة داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنة فلا شفعة له ولا للمقر له، حتى يقيم البينة على الشراء؛ لأن الإقرار حجة قاصرة تصح في حق المقر لا في حق غيره.

وذكر الخصاف في إسقاط الشفعة: لو أقر البائع بسهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقيمة الدار فالجار لا يستحق الشفعة.

وقال بعض أصحابنا: للجار الشفعة ولا تبطل بإقرار البائع استدلالًا بمسألة الحائط وهي ما إذا أقر البائع قبل البيع أن الحائط بينهما فلا شفعة له بهذا؛ لأن إقراره ليس بحجة في حق الشفيع الجار. رجل وهب أو تصدق بالحائط التي يلي دار جاره على رجل وسلمه إليه، ثم باع ما بقي فلا شفعة للجار؛ لأنه تخلل بين المبيع وبين دار الجار ما ليس يمتنع وهو الحائط المتصدق به فلم يبق الجار جارًا، فإن طلب الجار يمين المشتري، بالله أنه ما تصدق فرارًا من الشفعة على وجه التخلية فعليه اليمين؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه وهو خصم، فإنّه لو أقر أن الصدقة كانت تخلية كانت التخلية للجار، فإن تخل فالشفعة للجار، فإنه ثبت كونه جارًا ملازقًا، وإن حلف فلا يظهر. رجل اشترى من ضيعة عشرها بثمن كثير وتسعة أعشارها بثمن قليل، فللشفيع الشفعة في البيع الأول دون الثاني.

ولو أرد الشفيع أن يستحلف المشتري بالله ما أردت إبطال شفعتي بذلك لم يكن له ذلك؛ لأنه ادّعى عليه معنى لو أقر به لا يلزمه، ولو أراد أن يستحلفه بالله أن البيع الأوّل ما كان تلجئة فله ذلك؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، وهو خصم. رجل له دار غصبها غاصب فبيعت دار بجنبها والغاصب والمشتري جاحدان لدار الشفيع ينبغي له أن يطلب الشفعة حتى إذا أقام البينة على الملك تبين أن الشفعة ثابتة، فإذا طلب خصم الغاصب إلى القاضي ويخبر القاضي عن صورة الأمر، فبعد ذلك ينظر إن أقام البينة قضى له بالدار وبالشفعة في الدار الأخرى؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة وإن لم يقم البينة حلفهما جميعًا، فإن حلفا لا يقضي بإحدى الدارين، وإن نكلا يقضي بالدارين وإن حلف الغاصب ونكل المشتري لا

يقضي له بالدار المغصوبة ويقضي له بالدار المشفوعة، وإن كان على العكس؛ فالحكم على العكس لأن النكول إقرار وإقرار كل مقر حجة عليه خاصة المشتري إذا أنكر طلب الشفعة، فالقول قوله مع يمينه لما بينا، فإن أراد الشفيع تحليفه ينظر إن أنكر طلبه عند سماع البيع، فإنه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم أن الشفيع حين علم بالبيع لم يطلب؛ لأنه لا يحيط علمه به، وإن أنكر طلبه عند لقائه يحلف البتة؛ لأنه يحيط علمه به.

(**الجامع**): ادّعى الشفعة فقال من في يده الدار: ورثها من أبي، وقال الشفيع: اشتريتها من فلان وصدّقه البائع في البيع وقبض الثمن، فأقام الشفيع البينة أنها كانت لأب البائع وتركها ميراثًا للبائع ولم يقم البينة على البيع فسمع بينته وللمشتري أن يصدق الشفيع ويأخذ الثمن منه، وإن لم يصدقه أخذ الشفيع الدار من البائع وردّ البائع الثمن على المشتري والعهدة على البائع؛ لأن الشفيع انتصب خصمًا عن البائع في إثبات الملك له؛ لأنه لا يمكنه إثبات حق الشفعة لنفسه في هذه الدار إلا بعد إثبات الملك لبائعها فاستقرت بينته على إثبات الملك للبائع ومتى ثبت الملك للبائع كان القول قول البائع في إخراجه عن ملكه بالبيع، فثبت بيع الدار بإقراره إلا أنا لا نلزم المشتري العهدة بقولهما، فكان بالخيار في التزام العهدة وصار هذا كدار مملوكة لإنسان أقر المالك أنه باعها من فلان بكذا، وقبض منه الثمن فأنكر المشتري ذلك، فطلب الشفيع الشفعة فالمشتري بالخيار إن شاء صدق البائع ويأخذ الشفيع الدار منه وتكون العهدة عليه، وإن شاء كذبه ويأخذ الشفيع الدار من البائع والعهدة عليه فكذا هذا. دار في يدي رجل أقام البينة وأودعها إياه، وأقام آخر البينة أنه اشتراها من آخر بألف، وهو شفيعها قضي له بالشفعة؛ لأن ذا اليد انتصب خصمًا للمدعي بدعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة عنه بإحالة الفعل إلى غيره؛ لأن البينة قامت على إبطال خصومة المدعي لا على إحالة الفعل إلى غيره، وصار كمن ادعى غصبًا أو إجارة أو رهنًا عليه لم تندفع عنه الخصومة بإثبات الوديعة؛ لأنه يتضمن إبطال حقه في الخصومة وكذا هذا.

ولو أقر المشتري بالشراء سلمت إلى الشفيع؛ لأن ذا اليد مالك للدار ظاهرًا والملك للغائب موهوم مكتوم عسى يثبت وعسى لا، فيؤمر بتسليم الدار إلى

الشفيع؛ لأنه لا يؤخر حق ثابت بحق موهوم، فإن حضر البائع فأنكر أخذ داره منه؛ لأن نفاده وانبرامه موقوف على تصديق البائع؛ لأن الملك ثابت له لتصادقهم عليه، فإن كانت الدار في يد غير المشتري، والمسألة بحالها فلا خصومة حتى يحضر الغائب؛ لأن المدعي لا يدعي الحق على ذي اليد ويده يد الغير فلا ينتصب خصمًا.

ولو قال المشتري: بعت الدار المشفوعة من فلان الغائب وسلمتها إليه ثم أودعنيها وأقام البينة لا يسمع؛ لأن المشتري كان خصمًا له وثبت للشفيع حق الأخذ بالشفعة قبله وهو يريد إبطاله فلا يسمع البينة منه على ذلك لأنها قامت على فعله وصار كما لو كان المدعي ادعى ملك هذه الدار وزعم ذو اليد أنه باعها من فلان لا تقبل بينته على ذلك فكذا هذا، فإن قضي له بالشفعة ثم حضر الغائب وادعى لا يسمع؛ لأن القضاء بالشفعة تضمّن نقض البيع؛ لأنه صار مقضيا عليه بأنه ادعى بلغي الملك من جهة ذي اليد وهو صار مقضيا عليه فكذا من يلغي الملك من جهته.

(باب الشهادة في تسليم الشفعة)

وشهادة البائعين أن الشفيع سلم الشفعة باطلة؛ لأنهما يدفعان الخصومة عن أنفسهما إن كانت الدار في أيديهما، فإن كانت الدار في يد المشتري؛ فلأنهما يدفعان العهدة عن أنفسهما؛ لأن الشفيع متى أخذ الدار بالشفعة من المشتري تبعد العهدة عنهما فيجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنمًا فتمكنت التهمة فيهما، وكذلك شهد الكفيلان بالدار أن المشتري سلم إلى الشفيع فلم يقبل؛ لأن ضمان العهدة عليهما متى استحقت الدار على وجه لا يمكنها الدفع فصارا خصمين في هذه الدار بالكفالة، فإن لم يخاصما كالوصي إذا شهد لليتيم بعد البلوغ والوكيل بالخصومة إذا شهد بعد العزل لا يقبل فكذا هذا، فكذلك شهادة الشفيعين بشراء الدار باطلة، وإن سلما الشفعة ثم شهدا بالبيع في الأصل مطلقًا أنه تقبل شهادتهما.

وقال المشايخ: الجواب مفصلًا إن سلما الشفعة قبل الطلب تقبل شهادتهما؛ لأنهما لم يكونا خصمين فيما شهدا به، وإن سلما بعدما طلبا لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما لما طلبا فقد أظهرا الخصومة من أنفسهما فصارا خصمين في هذه الحادثة،

ومن صار خصمًا في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة، وإن لم يبق خصمًا في تلك الحادثة كالوصي والوكيل إذا شهدا بعد العزل والبلوغ.

ولو شهدا على البائع أن الشفيع سلم الشفعة والدار في يد البائع، وهو يدعي تسليم الشفعة لا تقبل، وإن كان يجحد تقبل؛ لأن هذه الشهادة قامت على أمر فيه منفعة للأب من وجه إن كان المشتري أملى وأوفى من الشفيع ومضرة من وجه إن كان الشفيع أملى من المشتري، وشهادة الابن على أمر فيه منفعة للأب من وجه مضرة من وجه لا يقبل إن كان الأب يدعيه، ويقبل إن كان يجحده ويبقيه كما لو شهد على أبيه ببيع شيء، فإن كانت الدار في يد المشتري ثبت لعدم التهمة؛ لأنهما لا يدفعان بهذه الشهادة الخصومة عن أبيهما، ولا يبعدان العهدة عنه بل يقران بأن العهدة عليه فلم يكن للأب فيهما منفعة بوجه ما فقبلت.

ولو شهد أبناء البائع أن المشتري سلمها للشفيع والدار في يد المشتري لا تقبل؛ لأنه فيه تقرير ببيع الأب، وإسقاط الخصومة والعهدة عنه فتكون في هذه الشهادة منفعة له قامت بينة أن الشفيع سلم الشفعة، وقامت بينة أن البائع والمشتري سلما الدار قضي بها للذي في يديه؛ لأن بينة ذي اليد أول؛ لأن الشهود شهدوا بالأمرين ولم يشهدوا بالترتيب والتعقيب فيتصور وقوعهما معًا فيجعل كأنهما وقعا معًا، ولو وقعا معًا كان تسليم الشفعة أولى؛ لأنه إسقاط وتسليم الدار بالشفعة تمليك والإسقاط أسرع نفاذًا من التمليك فكان أقوى فتقدم الأقوى على الأوهى، كما لو شهد شاهدان أنه أعتق عبده وشهد آخران أنه باعه صار العتق أولى؛ لأنه أسرع نفاذًا من البيع فصار كأن الشفيع أبطل حقه ثم أقام البينة أنه سلم الدار إليه بالشفعة، ويكون هذا قضاء استحقاق لا قضاء ترك؛ لأن بينة ذي اليد صارت أولى لكونها أسبق من بينة الشفيع معنًى.

(باب الوكالة في الشفعة)

وكيل باع أو اشترى يأخذ الشفيع من الوكيل ما دامت في يده؛ لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد، والعاقد هو الوكيل فصار الوكيل كالمشتري لنفسه فيما

يرجع إلى الحقوق، فإذا سلمها إلى الموكل فالخصم هو الموكل؛ لأنه لما سلمها إلى الموكل زالت يده عنها، وصارت اليد للآمر وصار الخصم هو الآمر، ألا ترى أنه إذا وجد به عيبًا كان للآمر حق الخصومة والردّ فكذا هذا.

وهذا إذا علم أنه وكيل في الشراء، فأمّا إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله وأنكر الشفيع الوكالة فهو خصم، ولا فائدة في هذه الخصومة؛ لأنا لو علمنا بالوكالة كان خصمًا؛ لأن حقوق العقد تتعلق به فكذا إذا لم يكن معلومة.

ولو قال المشتري قبل أن يخاصمه الشفيع: اشتريت لفلان وسلمت إليه فحضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري؛ لأن إقراره قبل الخصومة صحيح فصار كم لو كانت الوكالة معلومة.

ولو أقر بذلك بعدما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه؛ لأنه صار خصمًا للشفيع، وهو بهذا الإقرار يريد إسقاط حقه فلا يملك.

ولو أقام بينة أنه قال قبل شرائه. أنه وكيل فلان لم تقبل بينته؛ لأنه لا يدفع بهذه البينة الخصومة عن نفسه.

ورُوي عن محمد أنه تقبل بينته لدفع الخصومة حتى يحضر المقر له، والتوكيل بطلب الشفعة جائز؛ لأن الأخذ بالشفعة يتضمن الشراء والخصومة والتوكيل بهما جائز إلا أن عند أبي حنيفة لا يصحّ إلّا برضا الخصم وعندهما جائز بغير رضى الخصم.

ولو طلب وكيل الشفيع فقال المشتري: قد سلم الشفيع لا يقبل قوله لأنه أقر بحق الأخذ للوكيل، وادعى ما يسقطه فعليه إثباته، ولا يمين على الوكيل أنه لم يعلم أن موكله سلم شفعته؛ لأن الوكيل قام مقامه في الطلب لا في اليمين، ولذلك لو أراد يمينه أنه لم يفرط في طلب الشفعة، ولكن يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل، ثم يبيع الموكل ويستحلفه وصار كوكيل يقبض الدين إذا ادعى المديون الإبراء على الموكل، فإنه يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل ثم يبيع الموكل ويستحلفه على ذلك.

ولو سلم الوكيل الشفعة أو أقر بالتسليم عند القاضي جاز تسليمه؛ لأن من ملك

الأخذ بالشفعة ملك التسليم كما في الأب والوصي، ولا يجوز عند غير القاضي عندهما.

وقال أبو يوسف: يجوز بناء على أن الوكيل إذا أقر على موكله بالتسليم في غير مجلس الحكم لما يأتي في الوكالة. للدار شفيعان فوكلا رجلًا فقال: سلمت شفعة أحدهما ولم يتبين أيهما هو وقال: اطلب للآخر ليس له ذلك حتى يبين؛ لأن القاضي يحتاج إلى أن يقضي بالشفعة لأحدهما وبالتسليم على الآخر، ولا يمكنه ذلك إلّا بعد البيان وكّل الشفيع المشتري بأخذها، لم يصح؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء، والواحد لا يصلح وكيلًا بالشراء من الجانبين، وكذلك لو وكل البائع استحسانًا؛ لأنه يصير آخذًا من نفسه فيؤدي إلى التضادّ في الحقوق إن كان المبيع في يده، وبعد التسليم يصير ساعيا لنقض ما قد تم به؛ لأن بأخذه ينفسخ العقد بينه وبين المشتري، ولا يجوز لأحد المتعاقدين السعي لنقض ما تم به. وكله بأن يأخذ الشفعة بكذا وكان المشتري اشترى بأكثر لا يأخذ؛ لأن الوكيل بالشفعة وكيل بالشراء والموكل بالشراء لا يملك الشراء بأكثر مما يبين له الموكل من الثمن.

وكذلك لو قال: إن اشتراها فلان لنفسه وقد اشتراها لغيره؛ لأنه خالف لأنه وكل بشراء من فلان وقد اشترى من غيره. وكله بأن يخاصم في شفعة دار فخاصم في أخرى ليس له ذلك إلّا إذا عم في التوكيل؛ لأن الوكيل بشراء دار بعينها لا يملك شراء دار أخرى.

ولو طلب المشتري من الوكيل بطلب الشفعة أن يكف عنه مدة على أنه على خصومته وشفعته جاز؛ لأن الشفيع لو أخر وأمهل المشتري بعد الإشهاد بدون طلبه جاز فكذا يطلبه ووكيله بمنزلته، ولا تبطل الشفعة بموت الوكيل وتبطل بموت الموكل ولحاقه بدار الحرب مرتدا؛ لأن الحق ثابت للموكل لا للوكيل.

(المنتقى): ولو وكل رجلًا بطلب كل حق له وبالخصومة والقبض ليس له أن يطلب شفعته، لأنّ الشفعة شراء، والوكيل بالخصومة لا يملك الشراء وله أن يقبض شفعة قد قضي بها للموكل.

(باب الشفعة للصغير)

ويثبت للصبي الشفعة ويأخذ له وليه كالأب والوصي؛ لأن هذا تصرف في المال فيملك ذلك كل من ملك التصرف في ماله، فإن سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصغير إذا بلغ عندهما.

وعند محمد وزفر: لا يصح، والصبي على شفعته إذا بلغ، وكذلك لو سكت عن الطلب بطلت شفعته عندهما خلافًا لمحمد وزفر.

لهما: أن الشفعة حق مستحق للصغير فإنه نظر محض له فكان إبطاله إصرارًا بالصبي فلا يصح كما في سائر حقوقه.

لنا: أن حق الشفعة عبارة عن ثبوت ولاية التملك بعوض فيكون التسليم والترك امتناعًا عن التملك لا إبطالا لملك ثابت، ولهذا لا يورث، ولهما الامتناع عن التملك وترك التجارة وإبقاء الثمن على ملكه؛ لأن المصلحة والنظر قد يكونان في ترك التملك وإبقاء الثمن عليه ففوض إليهما ذلك، ولهذا يملك الامتناع عن الاستيفاء ولا يعد ذلك إضرارًا فكذلك الترك والتسليم، وإذا سلم العبد المأذون شفعته جاز تسليمه كان عليه دين أم لا، أما عندهما فظاهر؛ لأن المأذون يملك الأخذ بالشفعة، وكل من ملك الأخذ بالشفعة ملك إسقاطه وتسليمه، ومحمد يحتاج إلى الفرق بين المأذون وبين الأب والوصي، والفرق له أن المأذون بمنزلة المالك في التجارة؛ لأنه يتصرف بحكم فك الحجر لا بحكم التفويض كالمكاتب، ولهذا لم يرجع بالعهدة على المولى كالمكاتب والأخذ بالشفعة شري فيكون من التجارة فيكون المأذون بمنزلة المالك فيه فيملك إسقاطه وتسليمه، فأما الأب والوصي ثابت محض على الصغير، ولهذا يرجع بالعهدة في مال الصغير، وإنما جعل إليه الأخذ بالشفعة ولم يجعل إليه إبطالها لما فيه إضرار بالصغير، فأمّا إذا سلم المولى ولا دين على العبد صح تسليمه؛ لأنه يملك الأخذ لنفسه وإن كان عليه دين لا يصح؛ لأنه لا يملك الأخذ لنفسه والشفعة ثبتت للجنين بداره التي ورثها؛ لأنه ممن يرث فتثبت له الشركة أو الجوار بالملك، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ البيع فله الشفعة لأنا تيقنّا بوجوده وقت البيع.

وإن وضعت لستة أشهر فصاعدًا فلا شفعة له؛ لأنه لم يثبت وجوده وقت البيع إلا أن يكون أبوه مات قبل البيع وورث الحمل منه فله الشفعة، وإن وضعت لستة أشهر فصاعدًا؛ لأن وجوده وقت البيع ثابت حكمًا لما ورث من أبيه.

(المنتقى): رجل اشترى دارًا لابنه الصغير والأب شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة؛ لأن الأب لو اشترى مال ابنه لنفسه يجوز فكذا الأخذ بالشفعة؛ لأنه شراء حكمًا ومتى أخذ كيف يأخذ؟ يقول: اشتريت وأخذت بالشفعة ليكون الطلب على فور الشراء، وكذا الوصي لو اشترى للصغير على قول من يملك شراء مال اليتيم لنفسه فهو كالأب، وعلى قول من لا يملك فله الشفعة أيضًا، ولكن يقول: اشتريت وطلبت بالشفعة ويسلم الثمن إليه ثم هو يسلم الثمن إلى الوصي.

وروي عن أبي يوسف: لو اشترى دارًا وابنه الصغير شفيعها كان له أن يأخذ لابنه بالشفعة، فإن لم يأخذ وسلم لنفسه جاز؛ لأن الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة، ألا ترى أنه لو كان وكيلًا بالشراء كان له أن يأخذ بالشفعة لنفسه فكذا هذا يملك الأخذ للابن، فإذا ملك الأخذ ملك الإسقاط.

ولو باع دارًا لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن من باع أو بيع له لم يملك الأخذ بالشفعة كما في الوكيل بالبيع، وإذا لم يملك الأخذ لم يصح تسليمه وتوقف إلى حين بلوغ الصغير كما لو لم يكن له ولي.

ولو اشترى الوصي دارًا لنفسه أو باع والصغير شفيعها وسلم الشفعة، فالصغير على شفعته؛ لأن الوصي لا يملك نقل ما ملكه إلى الصغير إلا إذا كان فيه نفع ظاهر، فإذا لم يملك الأخذ لم يكن سكوته تسليمًا فبقي حق الشفعة للصغير إلى حين بلوغه إلا إذا اشترى لابنه الصغير دارًا ثم اختلف مع الشفيع في الثمن فالقول قول الأب؛ لأنه ينكر حق التملك للشفيع بما يدعي ولا يمين عليه؛ لأن النكول لا يفيد.

(باب الشفعة في مال الشركة ومال المضاربة)

باع أحد المتفاوضين دارًا لا يأخذها شريكه بالشفعة؛ لأن فعل أحد المتفاوضين

فيما كان من التجارة كفعل الآخر فيكون بيع أحدهما كبيع الآخر، ولا شفعة لمن باع ولا لمن بيع له، وتسليم أحد المتفاوضين شفعة صاحبه بسبب دار له خاصة ورثها جائز؛ لأن كل واحد يملك أخذ الكل النصف بحكم الملك والنصف بحكم النيابة عن صاحبه فيملك تسليمه في الكل.

وعند محمد: وإن كان الثابت لا يملك تسليم الشفعة إلّا أن هناك لما صح تسليم أحدهما في نصيبه باعتبار ملكه صح في نصيب صاحبه ضرورة؛ لأنه متى لم يصح، فإذا أخذ الآخر بالشفعة كانت الدار بينهما وصاحبه لا يستحق الشفعة بعدما سلمها فلهذه الضرورة صح التسليم في الكل.

عنده: اشترى المضارب بألف المضاربة دارًا تساويها أو أكبر أو أقل، وربّ المال شفيعها فله الأخذ بالشفعة من المضارب، ويكون الثمن على المضاربة؛ لأنه يجوز له أن يتملك مال المضاربة بالشراء فكذا يكون له الملك بالشفعة؛ لأنه بمعنى الشراء. باع رب المال دارًا والمضارب شفيعها بدار من المضاربة، فإن كان في دار المضاربة ربح يأخذها بالشفعة لنفسه؛ لأن له شركة في دار المضاربة وهو أجنبي عما يبيعه رب المال.

ولو باع المضارب دار المضاربة لا يأخذها رب المال بالشفعة؛ لأن المضارب وكيله باع لرب المال، ولا شفعة لمن باع أو بيع له، وكذا لو باع رب المال دارًا من المضاربة لم يكن فيها شفعة للمضارب بدار المضاربة؛ لأنه لو أخذها للمضاربة صار أخذًا لرب المال، ورب المال بائع ولا شفعة لمن باع؛ ولأن بيع رب المال كبيع المضارب؛ لأنه يحصل معينًا للمضارب في بيعه، ولا شفعة لمن بيع له، وإن باع المضارب من غير المضاربة يأخذها رب المال؛ لأن دار المضاربة ملكه والبيع لم يقع له. اشترى المضارب ببعضها دارًا واشترى رب المال إلى جنبها دارًا أخرى لنفسه وللمضارب أخذها بالشفعة بما بقي من مال المضاربة؛ لأنه أجنبي عنها؛ لأنه لا حق له فيها. في يد المضارب داران، قيمة كل دار ألف ورأس المال ألف فبيعت بجنب إحداهما دار لا يأخذ المضارب لنفسه، ويأخذها رب المال إن شاء؛ لأنه لا يظهر الربح متى كان مال المضاربة جنسين مختلفين لما مر في المضاربة، والدور والعبيد أجناس مختلفة حكمًا في حق القسمة حتى لم يقسم الدور والعبيد باعتبار الأجزاء فلم يظهر الربح فلم يملك الأخذ بالشفعة.

ولو كان المضارب شفيعًا بدار المضاربة فسلم الشفعة، ينظر إن كان في يده من مال المضاربة ما بقي بثمنها صح تسليمه؛ لأنه كان له الأخذ للمضاربة لا غير لا لنفسه ولا لرب المال أن يأخذها، فصار كالعبد المأذون سلم الشفعة صح تسليمه إلى المولى، وإن لم يكن في يده شيء من المضاربة، وإن كان فيها ربح صحّ تسليمه في حقه ولم يصح في حق رب المال حتى كان لرب المال أن يأخذها لنفسه؛ لأن المضارب لا يملك الأخذ للمضاربة إلا بالاستدانة على المضاربة، وهو لا يملك الاستدانة على المضاربة وإذا لم يكن له الأخذ للمضاربة بقيت العبرة لشركتهما في الدار من غير مضاربة فكانت الدار بينهما بالشفعة، فإذا سلم أحدهما كان للآخر أن يأخذها فإن لم يكن فيها ربح لا يصح تسليمه أصلًا، وكان لرب المال أن يأخذها بالشفعة؛ لأن المضارب أجنبي عنها. اشترى المضارب دارًا ورب المال شفيعها فسلم الشفعة ثم باعها المضارب لا شفعة له؛ لأن المضارب باع له، ولا شفعة لمن بيع له. اشترى المضارب بألف المضاربة دارًا تساوي ألفين ورب المال شفيعها فسلم الشفعة ثم باعها المضارب بألفين، لا يأخذ رب المال بالشفعة؛ لأنه لمّا كان في الدار ربح صار المضارب شريكًا فيها بحكم المضاربة فصار تسليم أحد الشريكين الشفعة كتسليم الآخر كما في المتفاوضين فسقط حق الشفعة لرب المال بتسليم المضارب.

ولو لم يبعها المضارب لكن باع رب المال دارًا فأراد المضارب أن يأخذها من أصل الربح له ذلك؛ لأن له شركة في دار المضاربة وهو أجنبي عما يبيعه رب المال فله أن يتملكها بأصل الربح وحيث الشفعة للمضاربين فسلم أحدهما ليس للآخر أخذها؛ لأن تسليم أحدهما كتسليمها؛ لأنه لو أخذ الآخر بالشفعة كانت الدار بينهما وصاحبه لا يستحق الشفعة بعدما تسلمها فلهذه الضرورة صح التسليم في الكل فصار كتسليم أحد المتفاوضين. دفع إلى رجلين مالًا مضاربة بالنصف فاشتريا دارًا ورب المال شفيعها له أن يأخذ حصة أحدهما بالشفعة دون حصّة الآخر قبضا أم لا لما عرف.

(الجامع): مضارب في يده ألفان من المضاربة اشترى بإحداهما دارًا ثم اشترى بالأخرى دارًا هو شفيعها بدار المضاربة وبدار له خاصّة وربّ المال شفيعها بدار له

فلرب المال ثلثها بالشفعة وثلثها للمضارب خاصّة وثلثها على المضاربة لأنهم بمنزلة ثلاثة شفعاء لأنّ دار المضاربة كدار لثالث غير رب المال والمضارب؛ لأن لها حكمًا خاصًا، فإن دار المضاربة مملوكة للمضارب تصرفًا ومملوكة لرب لمال رقبة لا تصرفًا فتكون مركبة من حقين فيكون حكمها خلاف حكم المفردة فجعلناها كدار الثالث حق رب المال والمضارب، فإن كان هناك شفيع آخر، فله ثلث الدار وثلثاها بين المضارب ورب المال، والمضاربة أثلاثًا أثلاثا؛ لأن دار المضاربة في حق الأجنبي كدار أخرى لرب المال وللمضارب لضرورة عقد المضاربة ولا ضرورة في حق الأجنبي لأن حكمها بحصتهما فبقي المزاحم معه إثبات حقيقته.

(باب الشفعة في الصلح)

ادعى في دار شيئًا فصالحه بعض أهل الدار عن إقرار فلباقيهم الشفعة، وعن إنكار فلا شفعة؛ لأن الصلح مع الإقرار تملك مال بمال فصار المصالح مشتريا نصيب المدعي فكان بين الشركاء بالشفعة بالسويّة، فأمّا الصلح مع الإنكار في حكم افتداء اليمين وإسقاط الحق؛ لأن المصالح إنما بدل المال افتداءً عن اليمين لا عوضًا عن شيء فلم يملك شيئًا من جهة المدعي في زعمه فإذا صالحه من دين على دار ففيها الشفعة بقيمتها يقرّ المديون به أو يجحده؛ لأن من زعم المدعي أنها ملكت بدلًا عما هو مال، فإن للشفيع حق الأخذ والدار ملك المدعي فيعتبر زعمه لأن إقرار كل مقر عاقل في حقه وزعمه بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن المأخوذ منه الدار إنما المدعي قبله وفي زعمه أنه لا يملك شيئًا من جهة المدعي. صالحه على دار من جراحة خطإٍ تجب الشفعة؛ لأنه ملك الدار عوضًا عن المال؛ لأن موجب الجراحة خطأً هو الأرش؛ لأنه مال فيكون تمليك المال بالمال فكان بمعنى البيع.

ولو صالحه على مسيل الماء أو موضع الجذع فالقياس أن يجوز ويأخذ بالشفعة؛ لأنه باع بعرضٍ أو على الحائط وبعرض السطح فيجوز كبيع العلو وفي الاستحسان لا يجوز ولا تجب الشفعة؛ لأن مسيل الماء وموضع الجذع مجهول؛ لأن الجذع مما يتفاوت وما يجري عليه الماء يقل ويكثر، وإن بيّن موضعًا معلومًا

من السطح والجدار فكذلك لا يجوز؛ لأنه ربما لا يمكنه تسييل الماء فيما اشترى خاصة إلا بإحداث تغير فيما لم يدخل تحت البيع فلا يمكنه وضع الجذع إلا بهدم شيء من الحائط وما ينهدم من الحائط بعضه داخل تحت البيع وهو ظاهر الحائط من الأعلى والبعض غير داخل وهو ما تحت الظاهر فلا يمكن تسليم ما باع إلا بضرر يتصل بما لم يبع فهذا يمنع جواز الصلح أو البيع.

(الجامع): اشترى جارية بألف دينار وتقابضا فصالح عن عيوبها مع جحود العيب أو الإقرار به على دار فللشفيع فيها الشفعة.

ورُوي عن ابن سماعة عن محمد: أنه لا شفعة فيها لأنها ملكت لا بإزاء مال؛ لأن حق المشتري حال وجود العيب في الرد لا في الجزء والفائت ولا في حصة من الثمن بدليل أنه ليس للمشتري أن يأخذ من العيب مالًا حالا مكان الرد فصار بدلًا عما ليس بمال فأشبه المهر. وجه ظاهر الرواية أن الدار ملكت بإزاء الجزء الفائت أو حصته من الثمن لا في مجرد الفسخ بدليل أنه متى تعذر الردّ فله الرجوع بنقصان العيب.

ولو كان حقه في مجرد الفسخ لما رجع بالنقصان متى تعذّر الرد، ولهذا لو أعطى البائع المشتري حصته من الثمن لا يرد عليه المبيع جاز للمشتري أخذه.

ولو كان حقه في مجرد الفسخ لما حل له أن يأخذ المال بإزاء إسقاط حقه في الفسخ، وإن رضي بذلك صاحبه كما في خيار الشرط والرؤية، ولهذا يجوز أن يتزوج امرأة على حق الرد بالعيب فكان في زعم المشتري أنها ملكت الدار بإزاء مال فكان بيعًا معنًى، وليس للمشتري أن يبيع الدار بانفرادها ولا الجارية مرابحة وله أن يبيعهما معًا مرابحة؛ لأن الدار قامت مقام الجزء الفائت فكأنه اشتراهما جملة فلا يبيع أحدهما مرابحة تحرزًا عن الكذب؛ لأن حصّة كل واحدة منهما لا تعرف إلا بالحرز والظن فربما تكون حصته أقل مما قال فيكون كاذبًا فيما أخبر، فإن لم يبعهما المشتري حتى وجد بالدار عيبًا فردّها على البائع نقضًا ليس للشفيع أخذها بالشفعة ويعود على خصومته في العيب قالوا: هذا إذا وقع الصلح عن إنكار في زعم البائع أن الدار ملكت لا بإزاء مال لأنها ملكت بإزاء اليمين، وأنها ليست بمال، ويدل عليه لفظ محمد رحمه الله وهو قوله: ويعود المشتري إلى خصومته.

ولو كان أراد بذلك الصلح عن إقرار كأن يقول للمشتري أن يرد بالعيب لإقرار البائع أن العيب كان عنده، فأما إذا وقع الصلح على إقرار فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من يد البائع؛ لأنّ الدار ملكت بإزاء مال فكان بمعنى البيع، فصار كما لو اشترى دارًا ثم ردّها بعيب بعد القبض نقضًا فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من يد البائع فكذا هذا، فإن أراد المشتري بعد رد الدار بيع الجارية مرابحة على ألف له ذلك؛ لأنه لما بطل الصلح بقي كل ثمن مقابلًا بالجارية، فإن ردّ المشتري الدار بغير قضاء، أو أقال البائع الصلح فللشفيع أن يأخذها من المشتري بحصّة العيب؛ لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الشفيع فصار كأن المشتري باع هذه الدار ثانيا من البائع بحصّة العيب من الثمن وليس للمشتري خصومة البائع في ذلك العيب ولا ببيع الجارية مرابحة على باقي الثمن؛ لأنه لما أخذها الشفيع من المشتري انتقض الردّ؛ لأنه عجز عن التسليم فبطلت الإقالة والردُّ وعاد الصلح فلا يمكنه الخصومة؛ لأنه بالصلح أبرأ البائع عن العيب ولا البيع مرابحة؛ لأن حصته من الثمن إنما تعرف بالحزر والظنّ.

ولو سلّمها المشتري إلى البائع بعد الإقالة فللشفيع أن يأخذها من البائع بحصة العيب ويبيعها مرابحة على ذلك؛ لأن الشفيع ملكها بمائة دينار حصة العيب قطعًا ويقينًا فلا يخاف الكذب على نفسه متى قال أخذتها بمائة دينار، ويعود المشتري على حجته في العيب ويبيع الجارية مرابحة على الألف؛ لأن الصلح قد انتقض فيما بينهما؛ لأن الرد بالعيب والإقالة لم ينتقض لما اتصل التسليم به، فإذا لم ينتقض الرد والإقالة انتقض الصلح في حق العاقدين فيعود المشتري على خصومته في العيب. اشترى دارًا بمائة دينار وتقابضا ثم وجد بها عيبًا ينقصها العشر فصالح من العيب على جارية وحضر الشفيع في الدار يأخذها بتسعين دينارا؛ لأن ثمن الدار تسعون؛ لأن حصة العيب وهي عشرة عاد إلى المشتري ثانيًا فبقي ثمنها تسعين، فإن أخذها ثم استحقت الجارية أو ردّها بخيار كان له في الصلح أو بعيب نقضًا أو بخيار فالشفيع إن شاء أعطى المشتري عشرة دنانير، وإن شاء ردّ الدار؛ لأن جميع الثمن كان مقابلًا بالدار

إلا أنه صار للعيب حصة بعقد الصلح، وإن انتقض الصلح باستحقاق الجارية أو بالرد بالخيار فبقي كل الثمن بإزاء الدار فيظهر أن الثمن كله بإزاء الدار، فإن ردها فقبلها المشتري برضاء فلا سبيل له على بائع الدار في هذا العيب ولا في غيره؛ لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث كالرد بالعيب بالتراضي، وبائع الدار ثالث فكان بيعًا جديدًا في حقه فصار كما لو باعه، وإن رد بعضًا عاد إلى حجته؛ لأنه فسخ في حق الكل فانفسخ الشراء بينه وبين الشفيع وصار كأنه لم يكن، فإن رد المشتري الجارية بعيب كإقرار البائع وجحد الشفيع كون العيب عند البائع وحلف على علمه فلا شيء على الشفيع؛ لأنه ثبت حدوث العيب عند البائع بإقراره، وإقراره حجة في حقه لا في حق الشفيع، فإن نكل لزمه عشرة دنانير، فإن شاء رد الدار على المشتري؛ لأن نكوله بمنزلة إقراره بالعيب عند البائع وذلك يوجب تخييره بين الإمساك والردّ، فإن وجد الشفيع بالدار عيبًا غير العيب الأوّل فردّها على المشتري بقضاء فالمشتري على حجّته في العيبين جميعًا؛ لأن رد الشفيع على المشتري بقضاء فسخ في حق الكل فصار كأن الشفيع لم يأخذ الدار بالشفعة، وكانت الدار في يد المشتري فله أن يخاصم البائع في العيبين لزوال المانع فكذا هذا.

(باب الشفعة في البيع في المرض)

مريض باع داره بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف ولا مال له سواها، ثم مات وابنه شفيعها لا شفعة له عند أبي حنيفة أجازت الورثة أم لا، وكذلك عندهما في رواية الجامع ورواية الأصل في الشفعة، وفي رواية الوصايا قالا: يأخذ بثلاثة آلاف؛ لأن المريض صار بائعًا الدار من الشفيع حكمًا، فصار كما لو باع منه حقيقة بألفين وقيمته ثلاثة آلاف وكان للوارث أن يأخذ بثلاثة آلاف عندهما فكذا هذا.

وجه عامّة الروايات أنه لا وجه إلى الأخذ بألفين لما فيه من المحاباة للوارث؛ لأنّه لا يجوز، ولا وجه إلى الأخذ بقيمة الدار؛ لأنه أكبر من الثمن الذي وجب على المشتري والشفيع لا يأخذ بالشفعة إلا بمثل الثمن الأول فتعذّر الأخذ بالشفعة فبطلت، ولا تعمل إجازة الورثة؛ لأن إجازة الورثة لا تعمل في حق المشتري؛ لأن

المحاباة تخرج من الثلث وإجازتهم تتضمن إبطال الملك على المشتري؛ لأنها متى صحت أحدها في حق الشفيع فبطل ملكه، وإذا لم تعمل إجازتهم في حق المشتري لا تعمل في حق الشفيع، وقيل: قبض المشتري للوارث أن يأخذ بالشفعة متى أجازت الورثة؛ لأن شراء المشتري ينفسخ فيصير متملكًا من جهة المريض، كأنه باعه منه فتعمل إجازة الورثة؛ لأن شراء المشتري ينفسخ فيصير متملكًا من جهة المريض.

ولو كان المشتري الابن لا شفعة للأجنبي عند أبي حنيفة، وعندهما يأخذ بثلاثة آلاف؛ لأن بيع المريض من وارثه وقع جائزًا عندهما، وعنده وقع فاسدًا، ولا شفعة في البيع الفاسد إلا إذا أجازت الورثة فله الشفعة؛ لأن بإجازة الورثة جاز البيع.

اشترى مريض دارًا تساوي ألفًا بألفين وله سواها ألف، ثم مات كان للشفيع الشفعة؛ لأن المحاباة تخرج من ثلث ماله وقد حصلت للأجنبي فجاز الشراء.

باع المريض دارًا بألف وقيمتها ألفان ولا مال له غيرها يقال للمشتري: إن شئت خذها بثلثي الألفين وإلا فدع؛ لأن المحاباة لا تصح إلا بقدر الثلث وجميع ماله ألفان فسلم له المحاباة بقدر ثلث الألفين إلّا أنه تغير عليه شرط عقده فيتخير، وللشفيع أن يأخذها بالألف وثلث الألف باعها بألفين إلى أجل وقيمتها ثلاثة آلاف فالأجل باطل؛ لأنه حاباه بثلث ماله وهو ألف فحصل التأجيل فيما زاد على الثلث فلا يصح؛ لأن التأجيل تبرع من المريض؛ لأنه براءة مؤقتة فكان التأجيل بمعنى المحاباة.

(باب الشفعة التي تكون بمنزلة الاستحقاق)

أصله: أن الشفعة إنما تستحق بملك قائم وقت الشراء لا بملك مستحدث بعده؛ لأنّ السَّبب هو اتصال بين الملكين فيعتبر قيامه وقت الشراء، وإذا أخذ يكون بمنزلة الاستحقاق، فإن كان بقضاء ثبت في حق كافة الناس، وإن كان برضاء ثبت في حقهما خاصّة كالردّ بالعيب. اشترى دارًا بألف وتقابضا، فادعى آخر الدار وصالحه المشتري على خمسمائة عن إنكار فأخذها الشفيع من المشتري بالبيع الألف بقضاء

رد المدعي ما قبض على المشتري؛ لأن القاضي لما قضى بالشفعة فقد قضى بكون الدّار ملكًا للبائع فتبين أنه لا خصومة بينه وبين المدعي، فظهر أن المدعي أخذ مالًا لا بإزاء حقه ولا بإزاء دفع الخصومة فانتقض الصلح، ولو أخذ الشفيع بغير قضاء لا يرد؛ لأن الأخذ حصل بتراضيهما وتراضيهما حجّة في حقهما لا في حق غيرهما، فيجعل كبيع جديد جرى بينهما فلا يظهر أنه لا خصومة بينهما، ألا ترى أنه لو اشترى دارًا ثم استحقها مستحق بإقراره لا يرجع على البائع، وإن استحق بالبينة يرجع. اشترى دارًا هو وآخر شفيعها فوهب المشتري الدار لغيره يقضي للشفيع الآخر بنصف الدار، وتبطل الهبة في النصف الآخر؛ لأن الشفيع أخذ بحق سابق على الهبة؛ لأن له حق التملك قبل الهبة، فإذا أخذ يصير متملكًا من ذلك الوقت؛ لأنه تتحول الصفقة إليه فيتبين أنه وهب نصف الدار شائعًا، وإن الشيوع كان مقارنا للهبة فتكون فاسدة بخلاف المريض إذا وهب داره من رجل، ثم مات ونقض الورثة الهبة في الثلثين بقيت الهبة صحيحة في الثلث، وإن تعلق حقهم بماله في أول المرض فتبين أنه وهب الثلث شائعًا؛ لأنه ليس لهم حق التملك قبل الموت، وإنما لهم حق التملك بعد الموت فيكون الشيوع طارئًا لا مقارنًا للهبة. شهد لرجل بدار في يدي آخر أنها له، وردّت شهادته فاشتراها الشاهد ولها شفيع، فالشفيع أولى من المقر له؛ لأن سبب وجوب الشفعة وهي الشركة أو الجوار ظاهر للشفيع، وسبب ثبوت الحق للمقر له الإقرار، والإقرار محتمل؛ ولأن حق الشفيع أسبق وأقدم؛ لأن ثبوت حقه تعهد زوال ملك البائع لا ثبوت الملك للمشتري بدليل أنه تثبت الشفعة في البيع بشرط الخيار للمشتري، وإن لم يثبت الملك له، وكذا لو أقر البائع بالبيع فأنكر المشتري تثبت الشفعة وحق المقر له يثبت بالإقرار والإقرار ينفد بعد الشراء، وإن اشتراها بأمره لغيره ولا شفيع لها فالآمر أحق من المقر له أيضًا؛ لأنه ما اشترى لنفسه لينفد إقراره عليه، فإن أخذها الشفيع أو الآمر قبل قبض المشتري لا يضمن المشتري؛ لأنه إن كان كاذبًا في إقراره فلا شيء عليه، وإن كان صادقًا فما وصل إليه شيء، وإن أخذها بعد قبض المشتري ضمن قيمتها للمقر له عند محمد وعندهما لا

يضمن؛ لأن في زعم المقر أن البائع غاصب وأنه مشترٍ من الغاصب وغصب الدور والعقار لا يتحقق عندهما خلافًا لمحمد.

ولو قبضها المشتري من البائع ثم اشتراها من المقر له أخذها الشفيع بالبيع الأول بقضاء ينتقض البيع الثاني، ويرجع المشتري على المقر له بالثمن ويعطيه القيمة عند محمد، فإن أخذها بغير قضاء جاز البيع الثاني؛ لأن تراضيهما حجة في حقهما فلا ينتقض الشراء الأول، فإن لم يحضر الشفيع وحضر المقر له فقضي بها له، ثم حضر الشفيع وأخذها فعهدتها على المشتري، ويضمن المشتري قيمتها للمقر له عند محمد؛ لأن القاضي نقض تسليم المشتري الدار إليه بحق سابق عليه فكأنه استحق رقبة الدار.

وإن اشتراها من البائع غير الشاهد ثم اشترى الشاهد منه فأخذها الشفيع بالبيع الأوّل بقضاء فعهد به على المشتري الأول، ولا ضمان للمقر له على الشاهد؛ لأن القاضي نقض قبضه وشراءه فكأنه استحقت رقبة الدار عنه، فإن أخذها الشفيع بالبيع الثاني بقضاء أو رضاءٍ فعلى المشتري قيمتها للمقر له؛ لأنه تقرر شراؤه وقبضه بدليل أن العهدة عليه.

ولو اشترى العدو عبد رجل واشتراه منه مسلم، فأقر أن العبد كان لفلان قبل الأسر وصدقه فلان فالمولى المعروف أحق بالثمن، ولا يضمن المقر شيئًا؛ لأنه أقر له بحق التملك لا بالملك؛ لأن الأسر يوجب زوال ملكه فلا يكون مقرًا على نفسه بالغصب فلم يضمن، بخلاف المسألة الأولى إذا أخذ الشفيع يضمن للمقر له؛ لأنه لما أقر بالملك له فقد أقر على نفسه بكونه غاصبًا، وإن لم يأخذه المعروف فللمقر له أن يأخذه بالثمن لما عرف، وإن أقر المشتري أنه مدبر فلان دبّره قبل الأسر، ينظر إن صدقه المقر له في الملك والتدبير يؤمر بالتسليم إلى المقر له ويكون مدبرًا له؛ لأن الأسر لا يوجب زوال الملك عن المدبر ولا سبيل للمالك المعروف عليه؛ لأنه أقرّ بالتدبير في حال تملك إنشاء التدبير.

ولو أنشأ العتق أو التدبير لا سبيل له عليه فكذا إذا أقر أنه مدبر فلان وصدقه وصار كرجل اشترى عبدًا بيعًا فاسدًا فأقر أنه عبد فلان دبّره فهو للمقر له، وعلى

المشتري قيمته للبائع كما لو دبّر بنفسه، وإن كذبه فيهما أو صدقه في الملك وكذبه في التدبير توقف العبد في يد المشتري فيكون مدبرًا موقوفًا؛ لأنه تردّد حاله بين كونه مدبرًا إن كان المشتري صادقًا وبين كونه عبدًا إن كان كاذبًا فيكون حكمه موقوفًا على تصديق المقر له بخلاف ما لو اشترى عبدًا شراء فاسدًا وقبضه ثم قال هو عبد فلان دبره.

وقال المقر له: هو عبدي ولم أدبّره فهو له يأخذه من المشتري؛ لأنه لما أقر بالملك فقد أقر أن البائع غاصب وأنه مشتر من الغاصب فلا يكون إقراره بالتدبير في حال لا يملك الإنشاء فلا يصح، وفي المأسور أقر في حال تملك الإنشاء فصح، وإن جنى فجنايته موقوفة في قياس قول أبي حنيفة، وعندهما يسعى في الأقل من الأرش ومن قيمته؛ لأن حكم جناية المملوك على المولى والكسب مال المولى أي مولى كان فيؤدي منه.

له: أن الأداء من الكسب يكون بعد القضاء على المولى والمقضي عليه مجهول فلا يمكن القضاء به فيوقف، وإن جنى عليه فالأرش موقوف؛ لأنه بدل جزئه وأصله موقوف فكذلك بدل جزئه ونفقته من كسبه ويؤمر بالاكتساب، فإن عجز عنه أنفق عليه من أرش الجناية؛ لأنه مال مولاه ونفقته على المولى، فإن لم يكن فنفقته على نفسه يسأل الناس والله أعلم.

(باب شفعة المرتد والحربي)

وإذا اشترى ذمّي من ذمّي دارًا بخمر بعينها أو بغير عينها ثم أسلما فسد البيع وبقيت الشفعة؛ لأن البيع إنما فسد بعد انعقاده صحيحًا لم تبطل الشفعة فإذا فسد بعد الصحة أولى.

ذمي باع من ذمي دارًا بميتة فلا شفعة فيها؛ لأن الميتة ليست بمال في حقهم لأنهم لا يتمولونها، فإن كانوا يتمولونها وجبت الشفعة؛ لأنها تكون مالًا في حقهم. اشترى بيعة أو كنيسة صح البيع وفيها الشفعة؛ لأنه إن كان من ديانتهم ثمن الملك لا يزول عن المالك يجعله بيعة أو كنيسة فقد باع ملكه وإن كان من ديانتهم أن الملك يزول عن المالك لكن لما أقدم على بيعها فقد دان بديننا ومن ديننا أن الملك لا يزول عن المالك بما أعده للمعصية، والذمي إذا دان بديننا يلزمه ذلك، كما في

نكاح المحارم دار بيعت بخمر ولها شفيعان مسلم وكافر أخذ الكافر نصفها بنصف الخمر وأخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر؛ لأن الكافر قادر على الأخذ بعين الخمر، والمسلم عاجز فيأخذ بقيمتهما.

ولو كان الثمن خنازير أخذ كل واحد بنصف القيمة؛ لأن كل واحد منهما عاجز عن الأخذ بمثل الخنزير؛ لأن الخنزير ليس من ذوات الأمثال.

ولو اشترى المرتد دارًا ثم قبل لم تبطل شفعة الشفيع؛ لأن الشفعة متعلقة بخروج المبيع عن ملك البائع وقد خرج، وانفساخ البيع من بعد لا يوجب بطلان الشفعة.

ولو باع المرتد دارًا ثم قبل أو لحق بدار الحرب لا شفعة فيها عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن بيعه نافد عندهما وعنده موقوف كالبيع بشرط الخيار للبائع فلم يخرج المبيع عن ملك البائع للحال، فإذا اتصل به الموت حقيقة أو حكمًا باللحاق انفسخ من الأصل فلم تجب الشفعة.

ولو أسلم قبل اللحاق جاز بيعه وللشفيع الشفعة بالإجماع؛ لأنه يعد بيعه كالبائع بالخيار إذا اختار البيع. اشترى المسلم دارًا والمرتد شفيعها فقيل لا شفعة له ولا لورثته؛ لأن الشفعة لا تورث والملك لا يكون للورثة وقت البيع حقيقة وإنما أحدث لهم الملك بعد الموت، والشفعة لا تستحق بملك حادث بعد البيع، وإذا لحق بدار الحرب مرتدًا فلورثته أن يأخذوا الشفعة في دار بيعت بجنب داره؛ لأن الملك انتقل إليهم من حين اللحاق بدار الحرب؛ لأنه بمنزلة الموت حكمًا والمستأمن ما دام في دارها بمنزلة الذمي في حق الشفعة؛ لأنه التزم أحكامنا. مستأمن وكل غيره بطلب الشفعة ثم لحق بدار الحرب بطلت الشفعة والوكالة؛ لأن لحوق الحربي بمنزلة الموت حكمًا، وإذا اشترى المسلم في دار الحرب دارًا فيها وشفيعها مسلم لا شفعة وإن أسلم أهلها؛ لأن المقصود من حق الشفعة هو التملك والتملك بحق الشفعة لا يحصل بيقين إلا بقضاء القاضي؛ لأن الظاهر أن المشتري لا يرضى بتملك الشفيع فلا يمكن إيجاب هذا الحق بناء على تملك يثبت للشفيع من جهة المشتري فيجب بناء التملك على قضاء القاضي والقضاء لا يجري في دار الحرب والله أعلم.

كتاب القسمة

يحتاج إلى معرفة: شرعية القسمة، وتفسيرها، وركنها، وشرطها، وحكمها.

أما شرعيتها: فلقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ۖ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴿٢٨﴾﴾ [القمر: ٢٨] وقوله تعالى: ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ١٥٥] معلوم.

ورُوي عن النبي عليه السلام أنه فتح خيبر وقسم بين الغانمين، وعليها إجماع الأمّة.

وأما تفسيرها:

فالقسمة في اللغة: عبارة عن الإقرار وتمييز بعض الأنصباء عن البعض، فإنها لا تنفك عن المبادلة؛ لأنّ ما من جزء معين معلوم إلا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يقبضه كل واحد منهما نصفه ملكه ونصفه ملك صاحبه صار له، بإزاء ما تركه على صاحبه فصار عوضًا عما تركه من نصيبه في يد صاحبه إلا أن معنى الإقرار والتمييز في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة أرجح وأظهر؛ لأن ما يأخذ كل واحد منهما من نصيب صاحبه مثل ما ترك عليه فجعل وصول مثل حقه إليه كوصول عين حقّه كما في القرض فكانت القسمة في ذوات الأمثال إقرارًا لعين ألحق حكمًا، وهذا يكون لكل واحد أن يأخذ نصيبه بغير رضا صاحبه، ويجبر الآبي منهما على القسمة. ومعنى المبادلة في غير ذوات الأمثال أرجح وأظهر فيكون مبادلة حقيقة وحكمًا؛ لأن ما أخذ كل واحد ليس بمثل لما ترك على صاحبه، فلا يكون المقبوض عين حقه فترجحت المبادلة الحقيقة، ولهذا لا يجوز أن يبيعه مرابحة على الثمن الأول، وفي ذوات الأمثال يجوز إلا أنه يجيز الآبي منهما على القسمة لما فيها من تكميل المنفعة ويجوز الإجبار على المبادلة بحق مستحق للغير لا يتوصّل إليه إلّا به كما أجبر المشتري على تسليم الدار إلى الشفيع، وإن كان التسليم إليه معاوضة وكالغريم يجبر على بيع ماله لإيفاء الدين.

وأمّا ركنها: فالفعل الذي يقع به الإقرار.

وأمّا شرطها: فمشاع لا تتبدل منفعته بالقسمة ولا تفوت؛ لأن الإقرار لتكميل المنفعة وتتميم ثمرة الملك فمتى تبدلت المنفعة أو فاتت المرتفقة يكون تفويتا وتبديلا لا إقرارا وتقسيما.

وأمّا حكمه: فتعين نصيب كل واحد منهما من نصيب صاحبه ملكًا وانتفاعا.

(باب ما يجوز قسمته وما لا يجوز)

المقسوم لا يخلو إما أن يكون في قسمته ضررٌ أو لا ضرر فيه، ولا يخلو إما أن تكون القسمة من القاضي أو من الشركاء عند التراضي، فإن كان شيئًا في قسمته ضرر، كالحمام والحائط والبيت الصغير والقميص الواحد والجوهرة الواحدة والباب الواحد والحبسة والساحة الواحدة وكل يحتاج إلى شقه وكسره وتبعيضه فطلب أحدهما القسمة من القاضي لا يقسم؛ لأن في قسمته تفويت المنفعة وإخلال بها عليهما، والقسمة إنما شرعت لتكميل المنفعة فمتى تضمنت تفويت المنفعة امتنعت لأنها قسمة مضرة والقاضي نصب ناظرًا لا ضارًا.

ولو اقتسماه بأنفسهما جاز لولايتهما على أنفسهما، ولكل واحد منهما فيه نوع منفعة بأن يتخذ نصيبه من الحمام بيتًا وإن طلبا جميعًا القسمة من القاضي هل يقسم؟ فيه روايتان رواية لا يقسم؛ لأنها تضمنت تفويت منفعة، وليس للقاضي أن يتلف منفعة على الغير، وإن طلب منه صاحب الحق؛ لأنه يكون سفهًا وعيبًا، وفي رواية يقسم وإليه أشار في الأصل؛ لأن له فيها نوع منفعة بأن يخلص ملك كل واحد منهما عن ملك صاحبه حتى يدخله في منزله فينتفع به من وجه أو يتخذه مستغلًا آخر، وإن كان فيها تفويت نوع منفعة، فإنه جائز، وإن كان بيتا كبيرًا ينتفع كل واحد بنصيبه يقسم؛ لأنه لا لضرر فيه دار أو بيت بين اثنين ينتفع أحدهما بنصيبه إذا قسم ولا ينتفع به الآخر لقلته، فإن كان الطالب للقسمة هو المنتفع قسم بينهما.

وإن كان على العكس ذكر الكرخي في (**مختصره**): أنه لا يقسم، وإليه ذهب

بعض مشايخنا، وذكر الحاكم في (مختصره): أنه يقسم أيهما طلب القسمة وهو الأصح.

وجه رواية الكرخي: أنّ الطالب إذا كان منتفعًا بنصيبه كان طلب القسمة منه صحيحًا، لأن فيها تكميل منفعة ملكه، وأنه محق في هذا الطلب متظلم غير متعنت، فإنه يسأل القاضي ليمنع شريكه من الانتفاع بملكه فيجيبه القاضي إلى ذلك، فأما إذا لم يكن الطاب منتفعًا لم يكن طلب القسمة منه صحيحًا؛ لأنه يتضرر بهذه القسمة فيكون متعنتًا في ذلك فلا يجيبه القاضي. وجه رواية الأصل أن امتناع القسمة لِضرر الآبي لا لضرر الطالب؛ لأن الطالب راضٍ بالقسمة وبالضرر ومع الرضاء بالضرر لا يعتبر الضرر وضرر الآبي بالقسمة كان لفوات المنفعة وهذه القسمة لا تتضمن على الآبي فوات المنفعة؛ لأن قبل القسمة حالة المهايأة إنما ينتفع صاحب الكثير بنصيبه وحده، وصاحب القليل لا ينتفع بنصيبه وحده؛ لأنه منفعة في نصيبه وحده فيكون هذا قسمة في حق الآبي لا إتلافا والقسمة مستحقة بطلب أحدهما. بينهما طريق إذا قسم لم يكن لأحدهما فيه ممرّ فأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر إن أمكنه أن يفتح لنصيبه بابًا، فإنه يقسم؛ لأنه ليس في قسمته ضرر؛ لأنه إن لم يمكنه الانتفاع بالمرور بما أصابه من الطريق يمكنه الانتفاع به من وجه آخر وهو أن يدخله في منزله حتى يزيد في سعته، وإن لم يمكنه أن يفتح لنصيبه بابا لا يقسم؛ لأن فيه ضررًا.

قال بعض مشايخنا: هذا إذا كان الطريق بينهما سواء، وكان بحيث لو قسم لم يبق للآبي طريق ولا منفذ، فأمّا إذا كان على التفاضل بحيث لو قسم لا ينتفع صاحب القليل، فإنه يقسم إذا طلب صاحب الأكثر كما في الدار الصغيرة، والبيت الصغير وقيل لا يقسم كيف ما كان الطريق. وفرقوا بين الطريق والبيت، والفرق أن قسمة الطريق على صاحب القليل إن لم يتضمن تفويت منفعة عليه، وإنما يتضمن قطع الارتفاق بنصيب صاحب الكبير يتضمن تعطيل ملكه فيما كان له، فأما في الدار فلا يتضمن تعطيل ملكه على صاحب القليل، فإنه يدخله في بيت حتى يزيد في سعته ولا يقسم البئر والقناة والنّهر، وإن كان مع ذلك أرض قسمت الأرض وتركت البئر والقناة على الشركة.

ولو كانت أنهار الأرضين متفرقة أو عيونًا أو آبارًا قسمت الآبار والعيون؛ لأنه ليس من قسمتها ضرر، ولا يجوز قسمة البناء من غير أرض على أن يكون البناء لأحدهما والأرض للآخر، فيكون البناء لصاحبه في الأرض؛ لأنه أمكن التعديل والتسوية بينهما في البناء فلم يقع التمييز، ويجوز قسمة العلو بدون السفل؛ لأن العلو أمكن التعديل والتمييز فيه بدون السفل.

ولو بنى رجلان في أرض رجل بإذنه ثم أراد قسمة البيت وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك، وإن أبى أحدهما لم يجبر على القسمة؛ لأنه لو قسمنا لكان لكل واحد منهما منع الآخر من شقه الآخر ما أصابه، فإن الأرض مستعارة أو مستأجرة، وفي نقص البناء ضرر فلا يجبر على ذلك إلا إذا التزما وتراضيا به، وإن أخرجهما صاحب الأرض نفذ؛ لأن ملكه مشغول ببنائهما فأمرا بالرفع واقتسما الآلة، ولا يجوز قسمة الصوف على ظهر الغنم أو اللبن في الضرع قبل الجزّ والحلب؛ لأن الصوف واللبن مال الربا فلم تجز القسمة إلا بكيل أو وزن، وكذلك الأولاد في بطون الأغنام؛ لأن التعديل غير ممكن، وكذلك لا يجوز قسمة الزرع وهو بقل أو مسيل بدون الأرض؛ لأنه إن كان بقلًا ففي قطعه ضرر وإذا قسم من غير قطع فلكل واحد منهما منع الآخر من تبقية نصيبه من الزرع؛ لأن الأرض مشتركة بينهما فيكون في قسمته ضرر، فإذا أدرك فقد صار مال الربا، وفي القسمة معنى المبادلة فلا يجوز مجازفة، وكذلك لا يجوز قسمة الطلع دون النخيل والأرض متى شرطا الترك؛ لأنه شرط كل واحد منهما في القسمة الانتفاع بملك الشريك وهذا شرط يفسد القسمة كما يفسد البيع، وإن شرطا القطع جاز قسمتهما إذا اقتسما بأنفسهما؛ لأنهما رضيا بإدخال الضرر عليهما.

وأمّا ما لا ضرر في قسمته فلا يخلو إما أن كان مثليا كالمكيل والموزون أو غير مثلي، فإن كان مثليا فطلب أحدهما من القاضي القسمة، فإنه يقسم ويجبر الآبي؛ لأن هذا تمييز محض، وكل واحد منهما لو ميز نصيبه بنفسه جاز فكان للقاضي أن يعينه على ذلك بالإجبار.

فأمّا إذا لم يكن مثليًا فلا يخلو إما أن كان عقارًا أو منقولًا، فإن كان عقارًا فلا

يخلو إما أن كانت دارًا واحدة أو دورًا، فإن كانت دارًا واحدة وإن اقتسماها بينهما مزارعة جاز ولا بأس بالقرعة لإخراج النصيب وليست بواجبة؛ لما رُوي أن النبي عليه السلام قسم غنائم خيبر بين الغانمين وأقرع فيما بينهم؛ ولأنّ الناس تعاملوا استعمال القرعة لتسكين القلوب وتطييب النفوس وإزالة التهمة. والقرعة على ثلاثة أنواع: واحد لا يجوز وهو ما إذا كان لإثبات حق وإبطال حق آخر كمن أعتق أحد عبديه وقرع بينهما على أن من خرج قرعته بحريته يعتق ويرق الآخر لا يجوز واثنان جائزان: أحدهما إذا أقرع بين امرأتيه ليسافر بمن خرجت القرعة لها جاز والثاني القرعة بين الشريكين في القسمة جائزة ولكل واحد الرجوع عن القسمة ما لم تقع الحدود ويحصل التراضي بعد القسمة؛ لأن القسمة تتم بالتحديد ولا بأس بأجرة القسام؛ لأنه يعمل لهم.

وقال أبو يوسف ومحمد: الأولى أن يعطيه القاضي من بيت المال لما رُوي أن عليًّا رضي الله عنه اتخذ قاسما يرزقه من بيت المال، والأجر على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما والشافعي على قدر الأنصباء؛ لأن العامل يستحق الأجر بالعمل وعمل القاسم في نصيب صاحب الكثير أكثر من عمله في نصيب صاحب القليل.

له: أنّ الأجرة تستحق بالعمل وهو الإقرار والتمييز بين الأنصباء بدليل أنه لو ذرع ولم يميز لا يستحق الأجرة، ونصيب صاحب القليل في التمييز من نصيب صاحب الكثير سواء ولعل نصيب القليل أشد حسابًا من نصيب الكثير، ومتى تساويا في العمل تساويا في الأجر وجاز لهم الرجوع عن القسمة إذا خرج بعض السهام، ولا يجوز لهم الرجوع بعدما خرجت جميع السهام أو أخرجت السهام وبقي واحد؛ لأن القسمة لا تتم إلا بعد خروج السهام أجمع، وكل عقد لم يتم كان لكل واحد من العاقدين أن يمتنع عن الإتمام وبعد تمامه ليس له أن يمتنع عنه، وإذا خرجت السهام وبقي سهم فذلك السهم متعين للباقي فصار خروج جميع السهام، وإن طلب أحدهما القسمة من القاضي، فإنه يجبر الآبي على القسمة فيعدل بين الأنصباء ثم يقرع فيما بينهم؛ لأنه يجوز الإجبار على المبادلة لإيصال الحق إلى المستحق كما وصفنا، ولا يجوز رجوعهم عن قسمة القاضي؛ لأنها صدرت عن ولاية تامّة وزعامة كاملة.

فأمّا إذا كانت دورًا أو دوابًا فعند أبي حنيفة تقسم كل دار على حدة ولا يجمع نصيب كل واحد في دار، وعندهما إن كان الجمع أعدل جمع.

لهما: أن الدور جنس واحد من وجه لاتحاد الاسم والمكان، وأجناس مختلفة من وجه لاختلاف الأعراض والمعاني وهي المنفعة؛ لأن منافع الدور متفاوتة بعضها يصلح للخزانة، وبعضها يصلح للتنزه لا للخزانة فكان موكولًا إلى رأي القاضي، فإن رأى الجمع أعدل في القسمة جمع وإلّا فلا.

له: أن الدور أجناس مختلفة لاختلاف المنافع والأعراض فرب دار تصلح للخزانة والتنزه دون غيرها، والعبرة للمعاني دون الاسم والصّورة كالهروي مع المروي جنسان مختلفان لاختلاف المنافع مع اتحاد الاسم والصورة والأجناس المختلفة لا تقسم على اعتبار الجمع إلا بالتراضي؛ لأن القسمة لا تتحقق مع اختلاف الجنس؛ لأنها شرعت لتكميل المنفعة وذلك يكون حال اتحاد الجنس لا حال اختلافه، والبيوت تقسم سواء كانت متلازقة أو متفرقة في محال؛ لأن التفاوت بين البيوت يسير فيكون كقسمة طرفين من دار واحدة، والمنازل إن كانت متلازقة قسمت، وإن كانت متفرقة في محالّ مختلفة لا تقسم؛ لأن المنازل فوق البيوت ودون الدار في التفاوت فعملنا بهما فاعتبرنا التفاوت فيها يسيرا متى كانت متلازقة ويكون تبعًا للدار يكون حكمه حكم الدار فاعتبرنا التفاوت فاحشًا متى كانت متفرقة.

ولو كانت دار وأرض أو دار وحانوت ذكر الخصاف في أدب القاضي أنه يقسم كل واحد على حدة، ولا يجمع نصيب كل واحد في أحد الصنفين وجعل الدار مع الحانوت جنسين مختلفين، وذكر في كتاب الإجارات ما يدل على أنهما جنس واحد بينهما أفرجة أرض متفرقة فهي بمنزلة الدّور على الخلاف الذي مرّ.

(باب كيفية القسمة وماهيتها وما يدخل فيها بالشرط وما لا يدخل)

وإذا قسم الدار فإنه يقسم العرصة بالذراع ويقسم البناء بالقيمة، ويجوز أن

يفضل بعضها على بعض لفضل فيه البناء والموضع؛ لأن المعادلة في القسمة بين الأنصباء واجبة صورة ومعنى ما أمكن، وإن لم يمكن اعتبار المعادلة في الصورة يعتبر المعادلة في المعنى كما في ضمان المتلفات، ثم هذا على ثلاثة أوجه:

الأوّل: إن اقتسما الأرض نصفين وشرطا أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه نصف قيمة البناء والقيمة معلومة جازت؛ لأن هذه قسمة في الأرض بالسوية وبيع في نصف البناء بثمن معلوم فيكون بيعًا مشروطًا في القسمة، وهذا البيع من ضرورات القسمة، فيكون له حكم القسمة، وإن اقتسما كذلك ولم يعرف قيمة البناء جاز استحسانًا لا قياسًا، وجه القياس: أن الذي لم يقع البناء في نصيبه صار بائعًا نصف البناء من صاحبه بنصف قيمته، والقيمة مجهولة إذا لم يعرفوا مقدار القيمة فيكون الثمن مجهولًا، وجهالة الثمن تفسد العقد كما لو شرطا أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه حنطة أو شعيرًا ولم يبيّنا مقداره لا تجوز القسمة. وجه الاستحسان: أن القسمة العرصة ولا جهالة فيها فصحّت القسمة فيها ثم من وقع البناء في نصيبه بتملك على صاحبه نصف البناء بالقيمة للضرورة كما فيما إذا اقتسموا العرصة دون البناء فكان اشتراط القيمة في القسمة شرطًا يقتضيه العقد فلا يوجب فساده، وإن اقتسما الأرض نصفين ولم يقتسما البناء جازت القسمة، ثم يتملك من وقع البناء في نصيبه نصف البناء بالقيمة؛ لأنه لا وجه إلى إبقاء البناء مشتركًا لأن صاحب الأرض تضرر به ولا وجه إلى نقضه؛ لأن الذي لم يقع البناء في نصيبه لا يمكنه نقض نصيبه من البناء إلا بنقض نصيب صاحبه من البناء فيتضرر به صاحب الأرض، فإنه كان محقًّا في البناء فلا وجه إلى دفع الضرر إلّا بتملك الأرض، وبتملك البناء بالقيمة وتملك البناء بغير رضاء صاحبه أقل ضررًا من تملك الأرض بالقيمة بغير رضاء صاحبها؛ لأن البناء تبع والعرصة أصل وتملك التبع أقل ضررًا من تملك الأصل كالغاصب إذا صبغ الثوب المغصوب يتملك صاحب الثوب الصبغ دون الغاصب.

ويحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو، وقال أبو يوسف: ذراع من السفل بذراع من العلو، وعند محمد: معتبرة من حيث القيمة وعليه الفتوى. له:

أنه متى تعذر اعتبار المعادلة في المنفعة كان اعتبار المعادلة في القيمة أولى؛ لأن المالية تتفاوت في القيمة، فإن البيت المزخرف والسقف المذهب أكثر مالية من غير المذهب، وإن استويا في المنفعة، والمعتبر هي المالية في حقوق العباد فيكون العدل في اعتبار القيمة، ولهذا تعتبر المعادلة في القيمة في قسمة الحيوانات.

لهما: أن اعتبار المعادلة في المنفعة أولى من اعتبارها في القيمة؛ لأن القسمة شرعت لإقرار المشترك لتكميل المنفعة والمنفعة كانت مشتركة بينهما، ألا ترى أنهما لو تهايآ والمهايأة قسمة المنفعة وأنها داخلة تحت القسمة؛ لأن بالقسمة تمتاز منفعة كل واحد منهما عن منفعة صاحبه والقيمة غير مشتركة بينهما وهي غير داخلة تحت القسمة فكان اعتبار المعادلة فيما هو مشترك داخل تحت القسمة أولى من اعتبارها فيما ليس بمشترك، ولا داخل تحت القسمة بخلاف الحيوانات؛ لأنه تعذّر اعتبار المعادلة في المنفعة تامة؛ لأنه لا يدري مقدار المنفعة فاعتبرها في القيمة ضرورة، وهاهنا أمكن اعتبار المعادلة في المنفعة بين العلوّ والسفل بالذرعان؛ لأن منفعة السكنى في السفلي على الضّعف من منفعة العلو، وإن السفل منتفع في الحالين حال قيام العلو وحال ذهابه والعلو منتفع في حالة واحدة حال قيام السفل لا حال فوات السفل.

قال مشايخنا: إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة لاختيارهم السفل على العلو.

ولو اقتسما على أن تكون الأرض لأحدهما والبناء للآخر بلا أرض جاز إن شرطا قلع البناء؛ لأن بيع البناء بشرط القلع جائز فكذلك القسمة، وكذلك إن سكتا عن القلع؛ لأنه لما شرط لأحدهما البناء من غير أرض ولا قرار للبناء إلا بالأرض فصار كأنه شرط عليه القلع دلالة، وإن شرطا أن لا يرفع بناءه لم يجز؛ لأن تسليم الأرض تحت البناء لا يجوز إلا بقلع البناء فيكون القلع واجبًا تحقيقًا للتسليم، فإذا شرطا خلافه فقد شرطا ما لا يقتضيه العقد فيفسد.

ولو اختلفوا في قيمة البناء قال بعضهم: يجعل قيمة البناء بالذرعان من الأرض؛ لأنه أعدل في القسمة وأكمل لها؛ لأن القسمة إقرار ما هو مشترك بينهم وأقطع

للشعث والخصومة بين الشركاء؛ لأنه يصل إلى كل واحد حقّه للحال ولا يبقى بينهما مطالبة ومخاصمة بالدراهم ويرفع لكل واحد طريقًا إن أمكن أن يفتح طريقًا في نصيبه، وإن لم يمكن يرفع طريقًا واحدًا بينهم؛ لأن القسمة إقرار وتمييز بين الأنصباء فمهما أمكن التمييز على وجه لا يتعلق حق البعض بالبعض يكون أولى، وإذا تعذّر يبقى الطريق على الشركة؛ لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بأنصبائهم بدون الطريق، فمتى قسم قدر الطريق بينهم كانت هذه القسمة متضمنة تفويت المنفعة، فلا يقسم بينهم قدر الطريق ويجعل عرضه عرض باب الدار إن اختلفوا في سعته وضيقه وطوله بقدر طول الباب أراد به الطول من حيث الأعلى لا الطول الذي هو ضد عرض الطريق. وفائدته أنه لو أراد أحدهم أن يشرع جناحًا في نصيبه إن كان فوق طول الباب كان له ذلك؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار ثابتا عن خالص حقّه، وإن كان فيما دون طول الباب، فإنه يمنع عن ذلك؛ لأن قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم والبناء على الهواء المشترك لا يجوز إلا برضاء الشركاء، فأمّا إذا كان أرضًا، فإنه يرفع الطريق مقدار ما يمر فيه بقر؛ لأنه لا بد من ذلك للزراعة وما زاد على ذلك فلا حاجة إليه ولصاحب الساحة أن يبني فيها رفيعا وأن يسد كوّة الآخر، وكذلك تنورًا أو بئرًا أو حمامًا أو مخرجًا، وإن سقط جدار جاره وكذلك لصاحب البناء أن يفتح في بنائه بابا وإن تأذى به جاره والكف عما يؤذي جاره أحسن.

وقال نصير بن يحيى وأبو القاسم الصّفار: لصاحب البناء أو الجار أن يمنعه من ذلك؛ لأن رفع البناء يسبب لفوات منفعة على صاحب البناء وهو منفعة الشمس والريح واختلال في ملك جاره وإنه إضرار به. وجه ظاهر الرواية: أنه تصرف في ملكه ولم يتلف منفعة على صاحبه وجاره بل يمنعه عن الانتفاع بملكه لأن صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء، فإذا سد الهواء بالبناء فقد منعه من الانتفاع بملكه ولم يصر متلفًا ومفوتًا منفعة على جاره فيما عدا البناء هو منتفع بملكه انتفاع مثله لا بد له من ذلك لإقامة مصالحه فلم يمنع عن ذلك ولا يضمن، وإن تولد منه نكد على الغير إذا لم يمكنه الاحتراز عنه كما لو سقى أرضه سقيًا معتادًا فتعدى إلى أرض جاره لا يضمن.

(فصل)

جدار أساسه على آجرتين وما ظهر منه على آجرة واحدة وقع الجدار لأحدهما والساحة للآخر فليس لصاحب الجدار أن يأخذ قدر أساسه من ساحة صاحبه وله ما تحته دون ما فوقه؛ لأن المشروط له الحائط إنما يستحق ما تحت الحائط من الأرض بقدر ما يبقى من الحائط مبنيا؛ لأن الحائط اسم للجدار المبني والحائط الذي بني على آجرتين يبقى بقدر آجرتين ما تحته فيستحق هذا القدر باسم الحائط ولا يستحق الزيادة؛ لأن الحائط يبقى مثبتًا بدونها.

ولو وقعت جذوع أحدهما على الحائط الآخر ليس لصاحب الحائط رفعها شرط تركها في القسمة أولًا؛ لأنه رضي بأن يكون السقف لصاحبه والسقف يكون على الحائط فيكون الحائط مشغولًا بحق صاحب السقف ليسلم المشروط له، كما لو اقتسما على أن يكون السفل لأحدهما والعلو للآخر لم يكن لصاحب السفل أن يرفع العلو فكذا هذا، وكذا إن لم يكن السقف مشتركا بينهما وكان ملكهما في الحائط مشغولا بالجذوع فالشركة في حق الملك إن زالت بالقسمة بقيت الشركة في حق الشغل بوضع الجذوع؛ لأن الشغل بوضع الجذوع أمر حقيقي فلا يمكننا القول بانقطاع الشركة في حق الشغل بالقسمة؛ لأنها باقية حقيقة ما لم ترفع، وإذا بقيت الشركة في حق الشغل بالقسمة لأنها باقية حقيقة ما لم ترفع وإذا بقيت الشركة في حق الشغل، فإذا طلب صاحب الحائط رفع الجذوع فقد طلب قسمة مشترك في قسمته ضرر على صاحبه؛ لأنه لا يمكن رفع الشركة في حق الشغل إلا بنقض السقف فلا يجبر صاحبه على ذلك، فإن شرطا رفع الجذوع ترفع؛ لأن صاحب الجذوع رضي بهذا الضّرر لما شرط رفعها واشتراط رفع الجذوع إسقاط حق له في الحائط لا تمليك؛ لأنه ليس له إلّا حق وضع الجذوع، فإنه لا يقبل التمليك والإسقاط لا يفسد بزيادة ضرر صار مشروطًا فيه كما لو شرط على صاحبه العلو أن يرفع العلو.

وكذلك لو كان أزج أو أسطوانة عليها جذوع أو روشن وقع لصاحب العلو مشرفًا على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفل أن يقطعه إلا بشرط القطع.

والروشن فارسية معربة أي راه روشن والصحيح من تفسيره أن يكون جسرًا موضوعًا بين سقفين سقف لأحدهما والسقف الثاني للآخر فليس لصاحب السقف أن يقلع الجسر.

(النوادر): وإن كان لأحدهما شجرة أغصانها مظلّة على نصيب الآخر، فقد ذكر ابن رستم أنه يقطع؛ لأنه بمنزلة أطراف الجذوع التي لا سقف عليها، وذكر ابن سماعة أنه لا تقطع؛ لأن في قطعها ضررًا وهو يستحق إبقاء ما في إزالته ضرر.

ولو كان لأحدهما أطراف خشب على حائط صاحبه، فإن كان ممّا يمكن أن يجعل عليها سقف لم يكلف قطعها؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بها فصار كالعلوّ والروشن، وإن كان لا يمكن السقف عليها كلف قطعها؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها فلا يكون من جملة الحقوق فصار شاغلًا هو وأصحابه بما لا حق له فيه فيؤمر بالقطع.

(باب قسمة المنقول)

المنقول إن كان جنسًا واحدًا كالإبل أو البقر أو الغنم، فإنه تجوز القسمة؛ لأن التفاوت فيما ينتهي بعد التقويم يسير فيمكن للقاضي اعتبار المعادلة في المنفعة؛ لأن المنفعة متحدة فلم يتضمن هذا القسم تفويت نوع منفعة، وإن كان أجناسًا مختلفة فجعل لأحدهم الإبل وللآخر البقر وللآخر الغنم لا يجوز إلا برضاهم لا يتضمن تفويت جنس المنفعة، فإنه قبل هذه القسمة كان له منفعة كل نوع وبعد القسمة يفوت عليه إحدى المنفعتين والقسمة شرعت لتكميل المنفعة لا لتفويتها، ولأن القسمة في أجناس مختلفة تكون مبادلة، والقاضي لا يجبر الناس على المبادلات، وكذلك لو كانت الثياب أجناسًا مختلفة لا يقسم إلا برضاهم ولا يقسم الثوب الواحد؛ لأنه يحتاج إلى القطع وفيه ضرر، وكذلك الثوبان إذا اختلفت قيمتهما إلا أن يزاد مع الأوكس دراهم مسماة وذلك يكون بتراضيهما؛ لأنه لا يمكن قسمتهما إلا بعد شق الثوب وفيه ضرر، وإن كانت ثلاثة أثواب ينظر إن كان فيهم سواء لأنفسهم؛ لأن فيه ضررًا، وإن كان اثنان أدى الواحد أجود وقيمة الاثنين تساوي قيمة الواحد، فإنه يقسم ويجعل الاثنين لأحدهما والواحد للآخر ولا يقسم الرقيق إلا برضاهم عند أبي حنيفة.

وعندهم يقسم كسائر الحيوانات.

لهما: أن الرقيق جنس واحد حقيقة، ولهذا لو تزوّج امرأة على عبد صحت التسمية لإيجاد الجنس، وإنما التفاوت في القيمة والوصف وذلك لا يمنع صحة القسمة كما في الإبل والبقر.

له: أن الآدمي يختلف اختلافًا فاحشًا لاختلاف المعاني والمقاصد وهو الذكاء والعقل والتميز والهداية في تعليم الحرف الذي هو مطلوب من بني آدم، ولهذا قال عليه السلام: "**ما من شيء يعدل الواحد منه ألفين إلا ابن آدم**"، والعبرة لاختلاف المعاني فصار بمنزلة الأجناس المختلفة، فإن كان معه مال آخر يقسم بالإجماع ذكره في الأصل؛ لأن الرقيق جنس واحد صورة أجناس مختلفة معنى فألحقناه بجنس واحد متى كان معه مال آخر يحتمل القسمة وصححنا القسمة فيه تبعًا لصحة القسمة فيما يحتمل القسمة وصار كالدور إذا كان معها مال آخر قسم الدور قسمة جمع؛ لأنه يلتحق بجنس واحد فكذا هذا.

وقيل: عند أبي حنيفة أيضًا لا يقسم إلا بالتراضي؛ لأن كل واحد مقصود في نفسه فكيف يجعل تبعًا لغيره في القسمة، ويقسم بئر الذهب والحديد والنحاس؛ لأنه أمكن التعديل فيه بالوزن ولا تقسم الأواني؛ لأن الصياغة صيرتها مختلفة للتفاوت في قيمة الصناعة، وخيار الرؤية والعيب والشرط كهو في البيع؛ لأنها في معنى البيع وهذا إذا اقتسما بالتراضي.

فأمّا إذا قسم القاضي فكذلك في العيب؛ لأن القسمة لتعديل الأنصباء، فإذا ظهر العيب في تصدق أحدهما لم يوجد التعديل فتعاد القسمة ليزول ضرر العيب في قسمه.

فأمّا خيار الرؤية والشرط فلا يثبت فيه في رواية أبي حفص ويرجع بنقصان العيب؛ لأنه لا يفيد لأنه متى نقصت القسمة يجب إعادتها على حسب ما وقع أوّل مرّة ولا فائدة في نقص ما يجب إعادته ويثبت في رواية أبي سليمان؛ لأنه يفيد؛ لأن المعادلة في غير المثلي إنما يعتبر من حيث القيمة والقيمة إنما تعرف بالحزر والظن فيتوهم فيها ضربان الغلط والزيادة والنقصان فمتى نقصت القسمة بالخيار ربما تعاد القسمة على وجه يكون أعدل من الأولى فيكون النقض مفيدًا، ولا يثبت في ذوات

الأمثال كالمكيل والموزون في الجنس الواحد؛ لأنه لا يفيد؛ لأنه متى نقضت القسمة يجب إعادتها كما وقعت أول مرّة؛ لأن المعادلة تعتبر من حيث الأجزاء وهي ثابتة حقيقة فيكون البعض اشتغالًا بما لا يفيد.

(النوادر): ولو اقتسما البئر بالحبال جاز؛ لأن التفاوت فيها قليل. اقتسموا دارًا فوقع في نصيب أحدهم بيت فيه حمامات ينظر إن لم يذكروا الحمامات في القسمة فهي بينهم كما كانت، فإن ذكروا ينظر إن كانت لا يوجد إلا بصيد فالقسمة فاسدة، وإن كانت تؤخذ بغير صيد فالقسمة جائزة إذا اقتسموا في الليل حين يجتمعن كلهن في البيت، وإن اقتسموا في النهار بعدما خرجن من البيت فالقسمة فاسدة؛ لأن القسمة في معنى البيع فاسد وبيع الحمامات على هذا التفصيل فكذا هذه القسمة.

رجل مات وترك ثلاثة بنين وترك خمس عشرة خابية خمسة منها مملوءة خلًّا وخمسة منها إلى نصفها خلا، وخمسة منها خالية كلها متساوية فأراد البنون أن يقتسموا الخوابي على السواء من غير أن يزيلوا عن مواضعها فالوجه في ذلك أن يعطى أحد البنين خابيتين مملوءتين وخابية إلى نصفها وخابيتين خاليتين، ويعطى للثاني كذلك بقي خمس خوابي إحداها مملوءة وإحداها خالية وثلاثة إلى نصفها فيعطي ذلك للثالث؛ لأن المساواة بذلك تقع. رجلان بينهما خمسة أرغفة لأحدهما رغيفان وللآخر ثلاثة فدعيا ثالثًا وأكلوا جميعًا مستويين ثم إن الثالث أعطاهما خمسة دراهم وقال: اقتسما على قدر ما أكلت من أرغفتكما فلصاحب الرغيفين درهمين ولصاحب الثلاث ثلاثة؛ لأن كل واحد أكل رغيفًا وثلثي رغيف مشاعا ثلثا رغيف من نصيب صاحب الرغيفين ورغيف تام من نصيب صاحب الثلاثة فاجعل كل ثلاثة سهمًا فأكل كل واحد سهمين من نصيب صاحب الرغيفين وثلاثة أسهم من نصيب صاحب الثلاثة وذلك خمسة أسهم فيقسم البدل بينهما كذلك.

(باب حقوق القسمة)

ولو اقتسما دارًا، فإذا لا طريق لأحدهما وقدر على أن يفتح في نصيبه طريقًا يمر فيه الرجل دون الحمولة جازت القسمة؛ لأن هذه القسمة لم تتضمن تفويت منفعة

فخلت عن المضرة، وإن لم يقدر ينظر إن لم يعلم أنه لا طريق له فالقسمة فاسدة؛ لأنّها تضمنت تفويت منفعة على شريكه بغير رضاه؛ لأنه لا يكون راضيا بهذا الضرر متى لم يعلم، وإن علم أنه لا طريق له جازت القسمة؛ لأنه رضي بهذه القسمة والقسمة بالتراضي جائزة، وإن تضمنت تفويت منفعة كما لو اقتسما البيت الصغير، وإذا وقعت الضفة وبعض الساحة لأحدهما والبيت وباقي الساحة للآخر وباب البيت في الضفة ومسيل مائه على ظهرها، فإن أمكن لصاحب البيت أن يفتح بابه في ساحته أو يسيل ماءه فيها فليس له أن يمر في الضفة ولا أن يسيل ماءه على ظهرها.

وإن ذكرا فيما أصاب كل واحد وكل حق هو له بخلاف البيع، فإنه يدخل الشرب والطريق يذكر الحقوق، والفرق أن في اعتبار اشتراط الحقوق في القسمة تعيين موضوع القسمة؛ لأنها موضوعة للإقرار والتميز وذلك بقطع شركة كل واحد عن نصيب صاحبه وإنما تنقطع الشركة هنا إذا لم يبق لصاحب البيت حق المرور في الضفة ويسيل الماء على ظهرها، وليس في اعتبار ذكر الحقوق في البيع تعبير موجبه؛ لأن موجبه تمليك العين ويبقى كذلك مع إدخال ذكر الحقوق فيه.

ولو لم يكن له مفتح ولا مسيل ماء سواه، فإن قال بكل حق ترك على حاله، وإن لم يقل ذلك فالقسمة فاسدة؛ لأنا ألغينا ذكر الحقوق تصحيحًا للقسمة. وإذا رفعا طريقًا بينهما وعليه ظلة وطريق أحدهما على ظهر تلك الظلة ويمكن صرفه عنها ترك على حاله؛ لأن أسفل الطريق غير مقسوم ولهما الممرّ فيه وكذلك أعلاه؛ لأنه بيع للأسفل لأن الهواء تبع فبقاء الشركة في الأسفل يوجب بقاء الشركة في الظلة والقسمة تقتضي انقطاع الشركة عن الظلة فقطعنا الشركة عن رقبة الظلة عملًا بموجب وأبقينا الشركة في المرور على الظلة عملًا بما يوجب بقاء الشركة في الظلة ليكون عملًا بالدليلين. بينهم دار في سكة غير نافذة اقتسموها على أن يفتح كل واحد بابًا إلى السكة جاز ولا يمنعون منه؛ لأنه بهذا الفتح متصرف في خالص ملكه وهو الجدار ولم يصر آخذًا أكثر من حقه؛ لأن مروره في السكة من باب واحد وأبواب سواء إذ لا ضرر لأهل السكة في كثرة الباب. مقصورة بين قوم طريقها في دار لآخر فاقتسموها فليس لكل واحد أن يفتح بابًا من المقصورة إلى الدار إنما لهم

طريق على مقدار باب الدار العظمى؛ لأنه يصير آخذًا أكثر من حقه من الدار؛ لأن لهم من الدار قدر الطريق ولا يكون لهم حق المرور فيما سوى الطريق إلا إذا كان الطريق ملازقًا بحائط المقصورة طولا فلكل واحد أن يفتح بابه في نصيبه إلى الطريق لا إلى موضع آخر من الدار سوى الطريق؛ لأن الفتح يصرف في خالص ملكه، وله حق المرور في الطريق فلا يمنع عنه، فإن كان تحت المقصورة دار لهم وقعت في قسمة رجل فأراد أن يجعل طريق داره في هذه المقصورة المشتركة ثم إلى الدار ثم إلى الطريق لم يكن له ذلك؛ لأنه متى فتح الباب إلى الطريق المقصورة تصير طريق المقصورة طريقًا للدار وبإحداث الطريق يتضرر به شركاؤه؛ لأنه متى باع الدار بحقوقه يدخل الطريق في بيع الدار فيزداد شريك آخر في هذ الطريق بعدما لم يكن مشتركًا، وفي زيادة الشركاء في الطريق ضرر على أصحاب الطريق؛ لأن الطريق يضيق بزيادة الشركاء، ولهذا لو كان طريقًا مشتركًا بين جماعة ليس لواحد منهم أن يفتح إليه بابا لدار له أخرى لا حق لها في هذا الطريق، فإن اشترى صاحب المقصورة تلك الدار والمقصورة؛ لأن طريق المقصورة لا يصير طريقًا للدار؛ لأنّ الدخول في الدار لا يحصل من طريق المقصورة، وإنما يحصل من المقصورة والمقصورة لا تصير طريقًا للدار، وإن كان مدخل الدار من المقصورة؛ لأنه لا حاجة له إلى أن يجعل شيئًا من المقصورة طريقًا للدار بأن يمر فيها بحكم الملك لا بحكم الطريق فلا يدخل في بيع الدار بذكر حقوقها فلا يزداد الشريك في الطريق فلا يتضرّر به شركاؤه.

فأمّا إذا اختلف ساكنها لم يكن له ذلك؛ لأنه أدخل شريكًا آخر في طريق المقصورة فيتضرر به شركاؤه بمزاحمتهم في الطريق، فأمّا إذا كان المتطرق واحدًا لا تزداد المزاحمة فلا يتضرر به شركاؤه كما لو باع جميع نصيبه من الطريق المشترك يجوز؛ لأن المشتري يقوم مقامه فلا يزداد شريك آخر في الطريق.

ولو باع نصف نصيبه من الطريق لا يجوز إلا برضاء شريكه؛ لأن فيه ضررًا على شريكه؛ لأنه يزداد شريكه فيه. اقتسما دارًا وفي نصيب أحدهما ظلّة على الطريق أو

كنيف شارع إلى الطريق لا يكون له الظلة إلا إذا ذكر كل حق له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وله الكنيف بكل حال.

وقال أبو يوسف ومحمد: يكونان له بناء على أن الظلة لا تدخل تحت البيع عند أبي حنيفة إلا بذكر الحقوق فكذلك القسمة وعندهما يدخل وقد مرّ في البيوع اقتسموا قرية فأصاب أحدهم فراخًا والآخر كرمًا والآخر بيوتًا جاز؛ لأنه يجوز البيع كذلك فتجوز القسمة بتراضيهما.

ولو أصاب أحدهم بستانًا دخل شجرة وطريقه وشربه إذا لم يمكنه أن يفتح طريقًا وشربًا في نصيبه ولم يعلم به ؛ لأن القسمة تضمنت تفويت المنفعة بدونهما ولا يدخل الزرع والتمر في القسمة إلا بذكر الحقوق أو بكل قليل وكثير هو فيها ومنها وذكر في الزراعة لو قال: بكل قليل وكثير هو فيها أو من حقوقها لم يدخل الزرع والتمر؛ لأنه ليس قوله هو فيها أو منها بقوله من حقوقها وهذه الأشياء ليست من حقوق الأرض وذكر أن النخلة لصاحبها بأصلها.

ولو قطعها فله غرس ما بدا له مكانها؛ لأن الشجرة اسم لما قام على ساق وله حياة نمو وذلك إنما يكون إذا ملك ما تحتها من الأرض حتى يبقى حيًّا قائمًا على ساقه كما في الحائط له ما تحته؛ لأن الحائط اسم لمبنى يقع به الحياطة والحفظ وهذا لا يتصوّر إلا بعد قيامه على الأرض كما لو أقر بشجرة لإنسان يدخل فيها ما تحتها.

ولو وقع لأحدهما نهر والآخر أرض وقد اقتسموا بكل حق هو لها فلصاحب النهر أن يمر إلى نهره في أرض صاحبه إذا لم يكن له طريق سواها كما في الضفة والبيت، فإن كان للنهر مسناة فهي لصاحب النهر إذا لم يقع عليها شرط عندهما وعند أبي حنيفة هي لصاحب الأرض وقد مرت في الشرب.

(النوادر): دار بين شريكين قلعا بابا منها ووضعاه في الدار ثم قسما الدار فالباب الموضوع في الدار بينهما؛ لأنه لا يدخل في القسمة إلا بالذكر. شريكان اقتسما كرمًا وفيه ثمار وأعناب ينظر، إن قالا على أن النصف هذا لفلان بكل قليل وكثير أو بما فيه من الأعناب والثمار تصير الأعناب والثمار مقسومة، وإن لم يقولا ذلك

تلغى الشركة؛ لأن قسمة العقار بيع، وبيع الكرم لا يكون بيعًا للأعناب والثمار إلا بالتنصيص أو بذكر القليل والكثير. كرم بين رجلين اقتسماه وجعلا الطريق القديم لأحدهما، وتركا طريقًا حديثًا للآخر وفي الطريق الحديث أشجار ينظر إن جعلا ملك الطريق له فالأشجار له؛ لأنها بمنزلة التبع، والشجر يدخل في بيع الأرض، وإن جعلا حق المرور له فالأشجار بينهما كما كانت؛ لأن الطريق لم يصر ملكًا.

(باب القسمة على أن يزيد أحدهما شيئًا لصاحبه)

ولو قسما على أن أحدهما يريد شيئًا معلومًا فلا يخلو إما أن يكون المشروط دراهم أو دنانير أو مكيلًا أو موزونًا أو عروضًا أو حيوانًا، فإن كان المشروط دراهم معلومة جاز؛ لأن الزيادة إن كانت مشروطة لتعديل الأنصباء كانت القسمة على المعادلة إلا أنه لا يجوز هذه القسمة إلا بتراضيهما لأنها تتضمن تفويت منفعة على أحدهما؛ لأن منفعة أحدهما نزول عن الأرض بقدر ما شرط له من الدراهم على صاحبه فكانت بمنزلة قسمة الأجناس المختلفة، وإن كانت الزيادة مشروطة لتقع القسمة على المفاضلة فيكون بيعًا من كل وجه، والبيع على هذا الوجه جائز بتراضيهما فكذلك القسمة، وإن كانت الزيادة مكيلًا أو موزونًا ولم يسم مكان الإبقاء لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وتسلمها عند الدار كما في السلم والبيع، وإن كانت الزيادة عرضًا إن كان عرضًا يجوز السلم فيه بأن كان يوما موصوفًا في الذمة مؤجلًا جاز ولا يجوز غير مؤجل، وإن كان عرضًا لا يجوز السلم فيه لا يجوز، وإن كانت الزيادة حيوانًا بعينه جاز وبغير عينه لا يجوز؛ لأن الحيوان يصلح عوضًا عن مال لكن لا يثبت دينًا في الذمة بدلا عما هو مال لما عرف.

ثلاثة بينهم دار إن أخذ أحدهم الصغرى والآخر الكبرى على إن لم يأخذ شيئًا دراهم مسماة جاز؛ لأن الاثنين أخذا حقهما المشترك وأخذ الآخر بدل حقه من غيره فيكون بائعًا نصيبه بدراهم معلومة فجاز، وكذلك لو أخذ الكبرى اثنان والصغرى واحد جاز؛ لأن الثالث صار بائعًا نصيبه من الدار الكبرى بنصيبهما من الدار الصغرى فيجوز بينهما. دار اقتسماها نصفين على أن يزداد أحدهما عبدًا بعينه على إن زاد الآخر مائة درهم جاز؛ لأن باذل الدّراهم صار مشتريًا عبدًا وربع دار من

صاحبه بربع دار ومائة درهم والبيع على هذا الوجه جائز فكذا القسمة.

ولو اقتسموا الثياب على أن من أصابه هذا رد درهمًا ومن أصابه هذا رد درهمين جاز وقيل ينبغي أن لا يجوز.

ولو اقتسموا أراضيَ على أن من أصابه شجر ونبت في أرضه فهو غلته بقيمته جاز استحسانًا. شريكان اقتسما على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض وقماش الحانوت، والديون التي على الناس على أنه إن نوى عليه شيئًا من الديون يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة؛ لأن القسمة فيها معنى البيع والبيع على هذا الوجه لا يجوز وعلى كل واحد منهما أن يرد على شريكه نصف ما أخذ.

(باب قسمة الدار الموروثة)

وإذا طلب الورثة قسمة العقار الذي في أيديهم لم يجبهم القاضي حتى تقوم بينة على الأصل عند أبي حنيفة.

وعندهما: يقسم بينهم بإقرارهم ويشهد أنه قضى بينهم بإقرارهم، وكذلك لو كان في الورثة كبير غائب أو صغير والدار في أيدي الكبار الحضور فأقرّوا بالميراث لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث عنده وعندهما يقسمها بإقرارهم ويعزل نصيب الصغير والغائب ويقسم ما سوى العقار بإقرارهم بالاتفاق.

لهما: أن إقرارهم بكون العقار ميراثًا بينهم صحيح؛ لأن العقار في أيديهم ولا منازع لهم فيه، والإقرار من ذي اليد للغائب صحيح، والثابت بإقرار صحيح فيما بينهم كالثابت بالبينة العادلة وصار كالمنقول للمحافظة، ولهذا لو قاسموا لأنفسهم جازت المقاسمة. له: أن هذه القسمة لا يجوز حق الملك تكميلا للمنفعة؛ لأنه لا ملك لهم حقيقة؛ لأن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت حتى إن الزوائد الحادثة قبل القسمة حادثة على حكم ملك الميت حتى ينفذ الوصيّة فيها، ولا يجوز للقاضي أن يقطع حكم ملكه إلا بحجّة كاملة، ولا تجوز هذه القسمة للحفظ والتحصين والصيانة؛ لأن العقار محفوظة محصنة تقسيمها فلا سبيل إلى القسمة بخلاف المنقول؛ لأنه محتاج إلى الحفظ والصيانة فكانت ضمته للحفظ

والاحتياط في الأمانة لا لقطع الملك عنه، فإن المقسوم في يد كل واحد منهم كان مضمونًا بعد القسمة وقبلها كان أمانة فبالقسمة يصير محفوظًا مصانًا عن التوي والتلف وللقاضي هذه الولاية والزعامة.

ولو كان العقار في أيديهم يزعمون أنهم اشتروه قسم بينهم بإقرارهم؛ لأن المبيع بعد القبض لا يبقى على حكم الملك للبائع قبل القسمة؛ لأن ملكه قد انقطع بالبيع فلم تكن القسمة قاطعة لحقه فيقسم بإقرارهم؛ لأنه حجة قاصرة في حقهم بلا منازع لهم.

ورُوي عن أبي حنيفة: لا يقسم كما في الميراث؛ لأنهم اعترفوا بثبوت الملك للبائع وادعوا الانتقال إليهم بالشراء فلا يقبل قولهم إلا ببينة، فإن كان أحدهم غائبا لا يقسم في الشراء أيضًا؛ لأنهم يستحقون عليه والحاضر لم ينصب خصمًا عنه.

ولو كان شيئًا من العقار في يد غائب أو في يد صغير لم يقسم حتى تقوم البينة على الميراث، وكذلك لو كان الغائب استودع رجلًا وغاب لم يقسم حتى يحضر؛ لأن التركة قبل القسمة صارت ملكًا للورثة من وجه أن يغيب على حكم ملك الميت من وجه فلا يقبل إقرارهم على ما في يد الغائب والصغير؛ لأنه يتضمن إزالة يدهما وقطع ارتفاقهما بنصيبه؛ لأن كل واحد من الورثة قبل القسمة مرتفق بنصيبه ونصيب صاحبه وكانت دعوى القسمة متوجهة على شركائه من الورثة بإزالة أيديهم وقطع ترافقهم عن نصيبه فلا يقبل.

ولو حضر اثنان والدار في أيديهما فأقاما البينة يقسم ويعزل نصيب الصغير والغائب، ولو حضر واحد لا يقسم، والفرق أنه متى حضر اثنان فأحدهما ينتصب مدعيًا والآخر ينتصب خصمًا عن الميت في القضاء عليه من حيث قطع حقه عن التركة وعن سائر الورثة؛ لأن ما للميت من الخصومات يتحول إلى الورثة فقامت البينة على خصم فقبلت، فأما إذا حضر واحد فالواحد لا يصلح أن يكون مقضيًا له ومقضيًا عليه فانتصابه خصمًا عن الميت لما فيه من التضاد فقامت البينة لا عن خصم فلم يقبل.

ولو تنازع شريكان في القسمة في الملك في غير المواريث وله شريك غائب لا يقسم القاضي بالإجماع؛ لأن الحاضر لم ينتصب خصمًا عن الغائب؛ لأن ما للغائب

من الخصومات لا يتحول إلى شريكه بالقسمة فكذا ما عليه.

ولو حضر الوارث الكبير وهناك وارث صغير نصب القاضي للصغير وكيلًا وقسم؛ لأن للقاضي ولاية على الصغير فله أن يجعل عنه وكيلًا قيما كما في سائر حقوقه.

ولو كان في الورثة صغير أو كبير غائب لم تجز القسمة بغير قضاء إلا أن يحضر ويبلغ فيجيز؛ لأن هذا تصرف له مجيز حال وقوعه فيقف على الإجازة، فإن مات الغائب أو الصغير فأجازوا ورثته جاز عند أبي حنيفة.

وقال محمد: لا يجوز؛ لأنه مات من له الإجازة فبطل العقد كما في البيع.

له: أنا لو أبطلنا القسمة بموت من له الإجازة احتجنا إلى إعادة مثلها متى طلب البعض القسمة فلا يفيد نقض القسمة، وأقمنا إجازة الورثة مقام إجازته؛ لأنها قائمة مقامه بخلاف البيع لأنا لو أبطلناه بموت من له الإجازة لا يحتاج إلى إعادة مثله فبطل. مات أحد الشريكين وترك ورثة، وشريكه غائب وكانا اشترياها وقامت بينة لم يقسم حتى يحضر الغائب.

ولو حضر الشريك وغاب بعض الورثة، أو غاب الشريك وقد كانت بين الشريكين ميراثًا قسمت؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الوارث الغائب، فأمَّا أحد الشريكين لا ينتصب خصمًا عن الشريك الغائب ولا الورثة ينتصب خصمًا عن شريك مورثه.

ولو اقتسموا بأمر صاحب الشرطة لا يجوز؛ لأنه ليس بقاضٍ منصوب له؛ لأنه فُوِّضَ إليه أمر مخصوص وهو جباية الخراج.

ولو كان على الميت دين لغائب غير مستغرق حبس القاضي قدر الدين وقسم الباقي؛ لأن التركة صارت ملكًا للورثة؛ لأن الدين إذا لم يكن مستغرقًا لا يمنع الملك للورثة في التركة إلا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج إلى نقض قضائه بعد ذلك وللقاضي صون قضائه عن النقض ما أمكنه، وإن كان مستغرقًا لم يقسم؛ لأنه لا ملك لهم في التركة؛ لأن الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التركة وينقض القسمة إذا ظهر الدين بعدها إلا أن يقضيه الورثة؛ لأن حق ذي الدين متعلق

بالتركة فتكون القسمة تصرفًا في محل تعلق به حق الغريم فكان له أن ينقضها، فإذا قضى الورثة دينه فقد زال حق الغريم بالقضاء فزال المانع من نفاذ القسمة فنفدت، وكذلك لو ظهر وارث آخر أو موصًى له بالثلث نقضت القسمة؛ لأنه ظهر أنه كان لهم شريك في التركة وقد قسموا دونه فلا يصح.

ولو قضى الدين بعض الورثة فله الرجوع على الباقين شرط أو لم يشرط إلا أن ينتزع؛ لأن كل واحد من الورثة مطالب بالدين حتى لو قدمه الغريم إلى القاضي قضى عليه بجميع الدين، وكان مجبرًا على القضاء ومضطرًّا فيه فلا يكون متبرعًا كالموصي إذا قضى من ماله لا يكون متبرعًا إلا إذا قصد بذلك التبرع بأن شرط أن لا يرجع عليه، وإذا اقتسمت الورثة دارًا وفيهم امرأة الميت، ثم ادعت بعد القسمة مهرًا على زوجها وأقامت البينة نقضت القسمة، وكذلك لو ادعى الوارث دينًا؛ لأن المهر والدين لا يتعلقان بعين الشركة بل معناها وهي المالية، ولهذا للوارث أن يقضي الدين من مال آخر سوى التركة فلم يكن بالإقدام على القسمة مقرا بأنه لا حق له ولأن إقدامها على القسمة إقرار منها بصحة القسمة فيكون المقسوم ملكًا للميت والدين لا يمنع صحّة القسمة، فإن القسمة صحيحة مع الدين إلا أن للغريم أن ينقضها، ألا ترى أن الورثة لو قضوا الدين من مالهم لم يكن للغريم نقض القسمة ولا ينافي أيضًا ملك الميت؛ لأن ملك الميت باقٍ مع الدين في الشركة فلم يكن متناقضا في دعوى الدين والمهر بالإقرار لصحّة القسمة فصحت دعواه؛ لأن الغريم لو أجاز القسمة نصًّا كان له أن ينقضها، فإذا باشرها لا يكون له نقضها أولى.

ولو ادعى الوارث نصيبا لنفسه في المقسوم لم تسمع دعواه لأنه مناقض في هذه الدعوى؛ لأن إقدامه على القسمة إقرار لصحّة القسمة ويكون المقسوم مملوكا للميت موروثًا لهم، فإذا ادعى لنفسه فقد ادعى فساد القسمة وعدم ملك المقسوم للميت فكان مناقضًا فيه، وكذلك لو ادعى وارثٌ وصيةً لابن له صغير، وأقام البينة لم يكن له أن يطلب وصيته؛ لأنه مناقض في هذه الدعوى؛ لأنه ادعى فساد القسمة بعدما أقر بصحتها يقتضي مباشرتها؛ لأن الوصية متعلقة بعين الشركة؛ لأنه ليس للورثة أن يعطوا حق الموصى له من مالهم وينفدوا القسمة، والإقدام على القسمة

إقرار بأنه لا حق له، ولو بلغ الابن كان له أن ينقض القسمة؛ لأنه لم يوجد من الابن إقرار بصحة القسمة فتكون الدعوى منه صحيحة.

ولو اقتسموا ثم ادعى أحدهم أن أخًا له من أبيه وأمه ورث أباه معهم، فإنه مات بعد أبيه فورثه هو وأراد ميراثه وقد كتبوا في القسمة أنه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض لا تنقض القسمة؛ لأنه بإقدامه على القسمة أقر بأن حقه في النصف، فإذا ادعى أنه ورث نصيب أخ له، فقد ادعى أن حقه في الثلثين فيكون مناقضا في الدعوى فلا يسمع، وكذلك لو قال وهبها لي إلى حال حياته أو اشتريتها منه.

(النوادر): ولو غاب بعض الشركاء وطلب الحاضر القسمة، فإن كانت الدار موروثة فالقاضي يقسم؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين، وإن كانت الدار مشتركة بالشراء لا يقسم؛ لأن أحد المشتريين لا ينتصب خصمًا عن الآخر.

ولو باع واحد من الورثة نصيبه يقسم القاضي إذا حضر البعض؛ لأن المشتري قام مقام البائع في الشركة الأولى وكانت أصلها وراثة.

ولو كانت مشتركة بالشراء فينظر في هذا إلى الشركة الأولى، فإن كانت الأولى بالميراث يقوم الثاني مقام الأول، وإن كانت بالشراء لا تقوم صيغة بين خمسة ورثة واحد منهم صغير واثنان غائبان واثنان حاضران، فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين فطالب شريكه الحاضر بالقسمة عند القاضي فأخبراه عن القصّة، فالقاضي يأمر شريكه بالقسمة، ويجعل وكيلًا عن الغائب والصغير؛ لأن المشتري قام مقام البائع وكان للبائع أن يطالب شريكه؛ لأن أصل الشركة كان ميراثًا، والعبرة لأصل الشركة لما قلنا. أرض بين رجلين طلب أحدهما القسمة وقدم صاحبه إلى القاضي فأتى شريكه وقال: قد بعت نصيبي وأقام البينة على البيع لا تقبل البينة لدفع القسمة عنه؛ لأنه يريد إبطال حق القسمة بإثبات فعل نفسه بالبينة وهو البيع فلا يقدر على الإثبات.

(باب قسمة الدور التي فيها طريق لغير أهلها)

بينهما دار وفيها طريق لآخر لا يمنعهما عن قسمتها ويترك طريقه على عرض

باب الدار العظمى لا ينظر فيه إلى باب صاحب الطريق؛ لأنه إذا ترك قدر الطريق لم يبق لصاحب الطريق حق في الباقي فلا يمنعان من التصرف في ملكهما، فإن باعوا الدار والطريق برضاهم ضرب أصحاب الدار بثلثي ثمن الطريق وصاحب المتجر بثلث الثمن؛ لأن الطريق بينهم أثلاث إذا لم يعلم قدر الأنصباء فيكون الثمن بينهم أثلاثا، وكذلك إن كان رقبة الطريق لاثنين وللآخر حق المرور فيه؛ لأن حق المرور ألحق بالغير حكمًا حتى يجوز بيعه على رواية المبسوط فصار بمنزلة ما لو كان لصاحب الممر شركة في رقبة الطريق، وعلى رواية الزيادات لا يجوز بيع حق المرور فيكون الثمن لهما لا لصاحب المرور؛ لأنه لما أذن لهما في البيع، فإنه لا يجوز بيعه فقد أسقط حقه عن الطريق.

وكذا ذكره الكرخي في مختصره، ومن مات منهم وتعدد ورثته اعتبر حقه كحق واحد؛ لأن الورثة إنما يستحقون من جهة الميت قدر ما كان للميت لأنهم يقومون مقام الميت في الملك والحقوق، وهذا إذا عرف أنه ميراث بينهم، وإن لم يعرف أن الدار ميراث بينهم فالطريق على عدد الرؤوس؛ لأنهم في الاستطراق وثبوت اليد المتصرفة فيه سواء، وقسمة الطريق على عدد الرؤوس؛ لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع بالطريق من حيث المرور.

ولو كان فيها طريق لرجل من ناحية وطريق لآخر من ناحية أخرى يعزل لهما طريق واحد؛ لأن الطريق يرفع لهما للمرور والطريق الواحد يكفي للمرور.

ولو اقتسموا دارًا فيها كنيف شارع إلى الطريق الأعظم أو ظلة لم يحسب ذرعهما في ذرع الدار؛ لأن الظلة والكنيف ليس لهما حق القرار لما كان مبنيًا على طريق العامة بل هو مستحق النقض ومستحق النقض كالمنقوض، ولكنهما يقومان على وقع من خبره ولا يحسب في ذرعان الدار، فإن كانت الظلة على طريق غير نافذ قد احتسب بذرعهما في ذرع الدار؛ لأن لها حق القرار متى كانت مبنية على ملك خالص فكانت من حقوق الدار. مدينة بنوها بعد القسمة الوالي بينهم وترك طريقًا للعامة فرأى الوالي أن يعطي بعض الطريق أحدًا ينتفع به ولا يضر بأهل الطريق، فإن كانت المدينة للوالي جاز؛ لأن جميع المتصرفات نافذة على ملكه فلما

قسم بينهم إلا الطريق فقد ترك الطريق على ملكه فكان له أن يملّكه من شاء، وإن كانت للمسلمين لم يجز لأنها كانت ملكًا لهم فلمّا قسم بينهم إلا الطريق بقي الطريق ملكًا لهم فلا يجوز للإمام أن يملك من غيره.

(باب دعوى الغلط في القسمة)

دعوى الغلط في القسمة نوعان: ما يصح، وما لا يصح.

وما يصح نوعان: ما يوجب التحالف، وما لا يوجب التحالف.

أما ما لا يصح، وهو أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم بغبن يسير وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يصح ولا تعاد القسمة؛ لأنّ الإعادة لا تفيد؛ لأن الاحتراز عن هذا غير ممكن؛ لأنه ربما يقع في المرّة الثانية والثالثة.

ولو ادعى الغلط في القيمة بغبن فاحش، وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين تصح الدعوى وتقبل البينة على ذلك إن حصلت القسمة بالقضاء؛ لأن في إعادة القسمة فائدة؛ لأنه ربما لا يقع الغبن الفاحش في التقويم في المرة الثانية.

ولو اقتسما بتراضيهما وقد ادعى أحدهما الغلط في التقويم بغبن فاحش هل تصح هذه الدعوى؟ لم يذكره في الكتاب.

وقال الفقيه أبو جعفر: يجوز أن يقال لا يصح؛ لأن القسمة بمعنى البيع، فإذا وقعت بالتراضي لم يجز بعضها لظهور غبن فاحش كما في البيع، وإذا وقعت بالقضاء يجب نقضها بالغبن الفاحش، ويجوز أن يقال تصح هذه الدعوى؛ لأن القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة؛ لأن التعديل يكون من حيث القسمة في الأشياء المتفاوتة، فإذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة، وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع؛ لأنه غير مبني على المعادلة في القيمة.

وأمّا ما يوجب التحالف، وهو أن يدعي أحد المتقاسمين غلطًا في مقدار المقبوض كالقسمة بأن اقتسما مائة شاة أخذ أحدهما خمسًا وخمسين والآخر خمسًا وأربعين، ثم قال صاحبا الأوكس أخطأنا في العدد نصيب كل واحد خمسون وهذه

الخمسة كانت خطأً في يدك وقال الآخر: اقتسمنا على هذا ولا بينة لهما تحالفا وترادا لأنهما اختلفا في مقدار المعقود عليه بالقسمة والمقسوم قائم بعينه، فيتحالفان كما لو اختلفا في مقدار المبيع؛ لأن القسمة مبادلة بمعنى البيع، وكذلك لو اقتسما دارًا فأخذ كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتًا في يد الآخر وقع في قسمه فأقاما البينة أخذ بينة المدعي لأنها أكثر إثباتا، وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا؛ لأنهما اختلفا في مقدار المعقود عليه، وكذلك لو اختلفا في حدٍّ بأن كانت حائلة بين النصيبين فقال: كل واحد هذا لصبي أدخل إلى الجانب الآخر، وأقاما البينة قضي لكل واحد منهما بالحد الذي في يدي صاحبه؛ لأنه خارج عما في يد صاحبه، وإن لم يقم بينة تحالفا؛ لأنهما اختلفا في مقدار المشروط لكل واحد منهما في القسمة، ويجعل ما في يد كل واحد له ويبقى الموضع مشترك لاستوائهما في سبب الاستحقاق فيه، وإن أراد أحدهما القسمة بعد التحالف فليس له ذلك؛ لأنه لا يمكن قسمة ذلك الموضع؛ لأن القسمة تكون بالقرعة فلعل نصيب كل واحد يقع في جانب صاحبه فيتضرر به، فإذا طلب أحدهما نقض القسمة ينقض ولا ينفسخ إلا بالقضاء كما في البيع، وأما ما لا يوجب التحالف ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وهو ما إذا أقر كل واحد بالاستيفاء، ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه غصب شيئًا من نصيبه بأن قال لصاحبه: كان لي ألف ذراع وقد أخذت مائة ذراع من نصيبي غلطًا.

وقال الآخر: لا بل كانت القسمة على أن يكون لي ألف ولك تسعمائة لا تعاد القسمة حتى يقيم مدعي الغلط البينة على ما ادعى؛ لأنه بدعوى الغلط يدعي لنفسه حق نقض العقد فلا يقبل إلا ببينة كما في البيع لو ادعى حق الفسخ بالعيب؛ ولأنه لما أقر بالاستيفاء التحق بسائر أملاكه فدعواه الغصب شيئًا من نصيبه يفتقر إلى إقامة البينة، وإن لم يكن له بينة حلف صاحبه؛ لأنه ينكر حق أخذه، فإن حلفوا فالقسمة ماضية على حالها، وإن نكلوا يقضى عليهم بالنكول وتعاد القسمة، وإن حلف واحد ونكل آخر ضم نصيب المدعي إلى نصيب الناكل ويقسم بينهما على قدر أنصبائهما؛ لأن النكول حجة في حقه خاصّة وقد اجتمعا على ما يوجب نقض

القسمة فينقض فيما بينهما، وكذلك المكيلات والموزونات والمذروعات إلا أن المكيل والموزون متى ثبت الغلط بالبينة لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهما إذ لا ضرر على المدعي في قسمة الباقي.

فأمّا في الأشياء المتفاوتة تعاد القسمة ولا يقسم الباقي؛ لأن المدعي ربما تضرر بزيادة ضرر يقسمه الباقي لجواز أن يأخذ نصيبه غلطًا كله جياد، وفي قسمة الباقي لا تصل إليه الجياد فتضرر به زيادة ضرر متى قسم الباقي فتعاد القسمة نفيًا للضرر عنه، كما في الدار، وكذلك لو اقتسما عشرة أثواب فأخذ أحدهما أربعة والآخر ستة فادعى صاحب الأربعة ثوبًا بعينه من الستة أصابه بالقسمة فأقام البينة يقضى له به، وإن لم تقم بينة يستحلف صاحبه؛ لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر وكذلك الأقرحة.

ولو ادعى كل واحد على صاحبه ثوبًا مما في يده أصابه في قسمة فأقام البينة قضي لكل وحد بما في يد الآخر؛ لأنه خارج عما في يد صاحبه.

ولو اقتسما مائة شاة وقبضا ثم ادعى أحدهما على صاحبه أنك أخذت من نصيبي خمسة غلطًا وأنكر الآخر وقال: اقتسمنا على أن يكون لي خمس وخمسون ولك خمس وأربعون فالقول قوله مع يمينه؛ لأن القسمة قد تمت وتناهت باستيفاء نصيبهما، فإذا ادعى عليه الغلط، فإن قامت به بينة قضي به وإلا استحلف المدعى عليه.

ولو قال أحدهما: كانت غنم أبينا مائة فأصابني خمسون فغصبت مني عشرة وهي هذه، وقال صاحبه وفي يده ستون بل كانت مائة وعشرين فأنت أيضًا أخذت ستين ولم يشهدا عليه بالإيفاء يرد صاحب الستين عشرة ويشتركان فيها؛ لأن صاحب العشر لما أقر بزيادة عشرين على المائة وأقرا به قبض عشرة فقد ادعى أن عشرة منها كانت مشتركة إلا أنه ادعى خلوصها لنفسه لوصول مثلها إلى صاحبه وصاحبه منكر فقبل إقراره على نفسه لا على صاحبه، وإن كانت العشرة قائمة بعينها فهي بينهما نصفان، وإن كانت مجهولة ردّت الستون والأربعون واستقبلا القسمة؛ لأنه لا يمكن معرفة نصيب كل واحد من تلك العشرة، وعلمنا مقدار نصيب كل واحد من أصل المال فيجب اعتباره.

(النوادر): قاسم قسم دارًا بين ورثة فأعطى بعضهم أكثر من حقه غلطًا وبنى بعضهم في قسمه، فإنهم يستقبلون القسمة فمن وقع بناؤه في قسم غيره رفع نقضه ولا يرجعون على القاسم بقيمة البناء ويرجعون عليه بالأجر الذي أخذه منهم.

(باب قسمة الأب والوصي على الصغير ونحو ذلك)

أصله: أن كل من ملك بيع شيء على الغير بحكم ولايته عليه يملك قسمته عليه؛ لأن في القسمة بيعًا وإقرارًا، ومن ملك بيع شيء ملك إقراره، ويجوز قسمة الأب على الصغير والمعتوه وعلى الكبار في العروض لما عرف.

وكذلك وصي الأب؛ لأنه قائم مقام الأب، ويقسم وصي الأم ما سوى العقار من تركة الأم عند عدم الأب والجد، وكذلك وصي الأخ في ميراثهما؛ لأن وصيهما يملك بيع منقول الصغير للحفظ والتحصين عليه فكذلك القسمة؛ لأن قسمة ما يخشى عليه التوي والتلف تحصين؛ لأنه يصير أقدر على الحفظ متى قسم، ولا يملك بيع عقاره للتحصين لأنها محصنة فلا يملك قسمتها، ولا يجوز قسمة الوصي بين الصغيرين؛ لأن له ولاية التصرف بشرط الأحسن والجمع بين الأحسنين لا يمكن.

ولو قاسم عنهما مع الكبير وأخذ نصيبهما معًا جاز؛ لأن بيع مالهما من الكبير جائز فكذلك قسمة مالهما مع الكبير، ولا يجوز قسمة وصي الميت على الكبار وهم كارهون؛ لأنه لا ولاية له عليهم، ولهذا لا يجوز بيعه عليهم.

ولو كان في الورثة صغير وكبير غائب وكبار حضور فعزل الوصي نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغار وقاسم الكبار الحضور جاز في العقار وغيره عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز على الكبير في العقار بناء على أن عنده بيع الوصي على الكبار جائز في العقار في ثلاثة مواضع: إذا كان على الميت دين أو وصيّة أو معهم صغير فكذلك القسمة، وعندهما لا يجوز لما يأتي في الوصايا. وصّى ذميًا والورثة مسلمون يخرج من الوصية، ويجوز قسمته إن فعلها قبل الإخراج لأنه صحت وصيته؛ لأن الوصاية ليست إلا توكيل بعد الموت، وتوكيل الذمي حالة الحياة جائزة فكذلك بعد

الوفاة إلا أن الذمي متهم بالخيانة في حق المسلم؛ لأنه يعاديه في الدين فيجب إخراجه من الوصية، ولكنه قبل الإخراج وصي فيجوز قسمته، وقسمة المكاتب والمأذون مثل قسمة الحر؛ لأنهما يملكان البيع، ولا يجوز مقاسمة المولى على المكاتب وإن عجز؛ لأن القسمة توقفت على إجازة المكاتب فلا تنفذ على المولى كما لو باع المولى مال المكاتب بدون رضاه ثم عجز ورد رقيقًا لا تنفذ بإجازة المولى، وكما لو باع الوارث مال مورثه ثم مات المورث لا تنفذ بإجازة الوارث.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يجوز كما في الوارث لما يأتي.

ولو نصب المكاتب وصيًا ومات عن وفاء فقاسم الوصي ورثته لولده الصغير جاز في رواية الأصل، ولا يجوز في رواية الزيادات؛ لأنه لا ولاية للمكاتب على ولده؛ لأن حرية المكاتب لا تظهر إلّا في حق تصرف يحتاج إليه، وقيمة العقار غير محتاج إليها لأنها محصنة بنفسها، ولم تصح وصيته بالثلث. وجه رواية الأصل: أنه إذا مات عن وفاء يحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، والوصية تصح بعد الموت؛ لأنه حر في تلك الحالة، وعلى هذه الرواية وجب أن تصح وصيته بالثلث؛ لأنها وصيّة حر وإن أدى قبل أن يفسخ القسمة جازت؛ لأنه عتق في آخر حياته لما مرّ في المكاتب.

ولو قاسم العبد مولاه إن كان عليه دين جازت وإلا فلا لما عرف.

(باب قسمة الذمي والحربي)

ذمي أوصى إلى مسلم كره له مقاسمة الخمور، ولكن يوكل من أهل الذمّة من يقاسم للصغير فيجوز، أما على أصل أبي حنيفة فظاهر، فإنه عنده المسلم لو وكل ذمّيًا ببيع الخمور جاز فكذلك القسمة.

وأمّا عندهما فلأن الذمي يصير وكيلًا في قسمة الخمر عن الذمي لا عن المسلم إلّا أنه يصير وكيلًا بتوكيل المسلم وهذا جائز؛ لأنه تصرفه يكون واقعًا للذمي لا للمسلم وصار كما لو وكل الذمي مسلمًا أن يوكل ذمّيًا بقسمة الخمر فقاسم جاز فكذا هذا بخلاف ما لو وكل وكيلًا ذميًا بقسمة خمر نفسه؛ لأن قسمة وكيله كقسمته وهنا بخلافه.

ولو أسلم أحد الورثة فوكل ذمّيًا يقاسمه الخمور والخنازير جاز عند أبي حنيفة خلافًا لهما كما لو وكل المسلم ذمّيًا ببيع الخمر غرما.

أقرض الذمي مسلمون وفي تركته خمرا وخنزيرا ولا وصي له؛ ينصب القاضي ذمّيًا يتبعه ويقضي دينه لما عرف.

ولو قاسم الحربي المستأمن على أبيه الذمي لم يجز.

ولو كان ولده مثله جازت؛ لأنه لا ولاية للمستأمن على ابنه الذمي؛ لأن الذمي من المستأمن ينزل منزلة المسلم من الذمي ولهذا لا يرث المستأمن من الذمي كما لا يرث من المسلم وقسمة المزيد على نفسه وولده بمنزلة سائر تصرفاته على الخلاف.

(باب الاستحقاق في القسمة)

إذا اقتسما دارًا فأخذ أحدهما ثلثها، والآخر ثلثيها، وقيمة النصيبين سواء ثم استُحِق شيء منها، فلا يخلو إما أن استحق جزء شائع من النصيبين أو جزء شائع من نصيب أحدهما أو موضع بعينه بين نصيب أحدهما، فإن استحق جزء شائع من النصيبين انتقضت القسمة؛ لأن الإقرار والتمييز لا يتحقق متى ظهر لهما شريك ثالث في الدار فلم تفد القسمة فانتقضت.

ولو استحق ثبت بعينه من نصيب أحدهما فالقسمة جائزة؛ لأن ما وراء المستحق بقي مقررا بينهما؛ لأنه ليس لثالث فيه نصيب، ألا ترى لو كان المستحق ظاهرًا وقت القسمة صحت قسمة الباقي فلأن تبقى صحيحة إذا طرأ الاستحقاق على القسمة أولى إلا أنه بالخيار لما تبين.

ولو استحق نصف ما في يد أحدهما فعندهما لا تنقض القسمة لكن المستحق عليه بالخيار إن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده، وإن شاء نقض القسمة، وعند أبي يوسف تنقض القسمة وهو رواية عن محمد.

له: أن الإقرار والتمييز إن تحقق في نصيب صاحبه لم يحقق في نصيبه؛ لأنه لم يخلص عن الشركة متى ظهر بالاستحقاق أن فيه شريكًا ثالثًا فيطلب القسمة كما لو استحق جزءًا شائعًا من النصيبين.

لهما: أن الإقرار والتميز قد حصل فيما بين المتقاسمين؛ لأنه خلص نصيب كل واحد عن شركة صاحبه؛ لأن كلا النصيبين مستويان في القيمة، ومعنى الإقرار والتمييز لم يبطل باستحقاق جزء من نصيب أحدهما كما لو استحق ثبت بعينه من نصيب أحدهما؛ لأنه ليس فيما وراء المستحق شريك ثالث فصحت القسمة فيما وراء المستحق بخلاف ما لو استُحِقَّ جزء شائع من النصيبين؛ لأن نصيب المستحق شائع في الكل فكان شريكًا ثالثًا لهما فلا يتحقق الإقرار والتمييز وإنما يجبر المستحق عليه؛ لأن الباقي صار معينًا بالاستحقاق؛ لأن قيمة الباقي تنتقض، فإن الباقي لا يشترى بمثل ما كان يشترى مع المستحق كما لو استحق بعض المبيع يتخير فكذا هذا.

ولو باع صاحب الثلث نصف ما في يده ثم استحق الباقي يرجع ربع ما في يد صاحبه إن شاء وبيعه جائز.

وعند أبي يوسف: تنتقض القسمة ويضمن فيه ما باع فيقسم مع ما في يد صاحبه نصفين؛ لأن عنده بالاستحقاق يتبين أن القسمة وقعت فاسدة والمقبوض بحكم قسمة فاسدة مملوكة كالمقبوض بحكم بيع فاسد فجاز بيعه وقد عجز عن ردّه فيلزمه رد قيمة نصف ما باع، وعندهما بالاستحقاق لا تبطل القسمة بل يثبت الخيار، فإذا باع ما في يده بطل الخيار لتعذر الردّ ويرجع بربع ما في يده؛ لأن ما استحق نصف ملكه ونصفه عوضًا عما تركه عند شريكه، فإذا لم يسلم له عوضه يرجع بما ترك بينهما. مائة شاة أخذ أحدهما أربعين قيمتها خمسمائة والآخر شاتين قيمتها خمسمائة فاستحقت شاة من الأربعين قيمتها عشرة، فإنه يرجع بخمسة دراهم في الشاتين يضرب هذا في الشاتين بخمسة والآخر بخمسمائة غير خمسة ولا خيار له في نقض القسمة هاهنا عند أبي حنيفة بخلاف الأرض والدار؛ لأن الاستحقاق هنا لا يوجب عيبًا ونقصا في الباقي؛ لأن نصيبه أعداد مختلفة، فأمّا منافع الأرض فالدار متصلة بعضها ببعض فصار كشيء واحد فاستحقاق بعضه يوجب عيبًا في الباقي وإنما يرجع بخمسة؛ لأن قيمة المستحق عشرة نصفها عليه ونصفها على شريكه؛ لأن الأصل في المال المشترك أن ما استحق على الشركة وما بقي يبقى على الشركة، وإن كان بينهما أربعون قفيزا ثلاثون رديئة أخذها واحد بحقه

وعشرة جيدة أخذها الآخر بحقّه لم يجز؛ لأنه أخذ خمسة جيدة عوضًا عن خمسة عشر رديئة فيتمكن في هذه المبادلة الربا فلا تجوز، فإن أخذ العشرة الجيدة وثوبًا جاز؛ لأنه يجعل عادة الجنس بمثله والزيادة تجعل مقابلة الثوب تصحيحًا لتصرفهما، فإن استحق من الثلثين عشرة أقفزة رجع عليه بنصف الثوب، وذكر في زيادات الزيادات يرجع بثلث الثوب وقفيز وثلثي قفيز وقيل هذا قياس والأول استحسان.

وجه القياس أنه لو ستحق جميع الثلثين رجع بجميع الثوب وبخمسة أقفزة حنطة جيدة؛ لأن نصفها ملك صاحبه اشتراه بثوب وخمسة أقفزة، فإذا استحق رجع على صاحبه ببدله، فإذا استحق ثلثه رجع بثلث بدله اعتبارًا للبعض بالكل. وجه الاستحسان: أنا لو صرفنا الاستحقاق إلى ما قابل العشرة المشتراة بالثوب لا تبطل القسمة لأنا متى نقضنا الشراء باستحقاق بدله لا يجب إعادة القسمة ثانيا فصرفنا جميع العشرة المستحقة إلى العشرة المشتراة صونا للقسمة على النقض والإبطال؛ لأن تصرف العامل يصان عن النقض والإبطال ما أمكن. كر حنطة وكر شعير بين زيد وعمرو فأخذ عمر ثلثي قفيز حنطة رديئة وعشرة أقفزة شعير جيدة وأخذ زيد ثلثي قفيز شعير جيدة وعشرة أقفزة حنطة رديئة، ثم استحق نصف الثلثين قفيز شعير من زيد يرجع على عمرو بدفع العشرة الأقفزة الحنطة.

قال مشايخنا: هذا غلط والصحيح أنه يرجع بربع الحنطة وذلك سبعة ونصف التي في يد صاحبه استحسانًا، وفي القياس يرجع بخمسة أقفزة حنطة وقفيزين ونصف شعير؛ لأنه لو استحق جميع الثلثين من الشعير يرجع بخمسة أقفزة شعير وبعشرة أقفزة الحنطة الرديئة، فإذا استحق نصفه يرجع بنصفه. وجه الاستحسان: أن المستحق يصرف إلى العشرة المشتراة والعشرة الموروثة للمستحق عليه، ولا يصرف إلى العشرة المقسومة بينهما صيانة للقسمة عن الإبطال، وإذا صرفنا المستحق إلى ما وراء العشرة المقسومة صار نصف المستحق وذلك سبعة ونصف من العشرة المشتراة ونصفه من العشرة الموزونة وما كان موروثًا له لا يرجع به على أحد وما كان مشترى يرجع ببدله وذلك سبعة ونصف؛ لأن ثمن هذه العشرة عشرة من الحنطة الرديئة فيكون ثمن المستحقة سبعة ونصف من الحنطة الرديئة وذلك ربع

الحنطة فصح قولنا إنه يرجع بربع الحنطة فأمّا العشرة الأقفزة الحنطة الجيدة في يد المستحق عليه والمستحق لا يرجع بما في يده وإنما يرجع بما في يد صاحبه.

ولو اقتسما أرضًا فأخذ أحدهما المقدم وقيمته ستمائة والآخر المؤخر وقيمته أربعمائة على أن يرد صاحب المقدم مائة درهم ثم باع هل واحد ما أصابه ثم استحق نصف المقدم ورجع المشتري على بائعه بحصته من الثمن يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما؛ لأن صاحب المقدم اشترى نصف المقدم من صاحبه بنصف المؤخر قيمته مائتا درهم وبمائة درهم التي ردّها على صاحبه، فلو استحق جميع المقدم كان يرجع على صاحبه بثلاثمائة قيمة نصف المؤخر والمائة المردودة كلها، فإذا استحق نصفه يرجع بنصف ذلك وذلك مائة وخمسون اعتبارًا للبعض بالكل.

ولو كان مكان المائة ثوب يساوي مائة يرجع بنصف الثوب ومائة؛ لأنه في مقابلته السدس من النصف المقدم. أرض ودار وبين رجلين فأخذ أحدهما الدار والآخر الأرض على أن يرد صاحب الأرض عبدًا قيمته ألف وقيمة الدار ألف وقيمة الأرض ألفان ثم إن صاحب الدار باعها فاستحق علو بيت والبيت والعلو عشر الدار فرجع المشتري على البائع بنصف عشر الدار حصّة العلو وأمسك الباقي، فإن صاحب الدار يرجع بستة عشر درهما وثلثي درهم من قيمة الأرض على صاحب الأرض عندهما.

وعند أبي يوسف يرجع بذلك في رقبتها ويكون شريكًا له في الأرض؛ لأن الأرض في يده نصفها له بحكم ملكه الأصلي ونصفها عوضًا عن نصف دار وعبد قيمته ألف وخمسمائة، فإذا استحق من الدار علو بيت وكان العلو مع السفل عشر الدار كان المستحق نصف عشر الدار قيمته خمسون درهمًا إلا أن نصفه استحق من ملكه فلا يرجع به على أحد ونصفه كان مشترى من جهة صاحبه فيرجع بثمنه وثمنه مثل ثلثي قيمته وذلك ستة عشر وثلثا درهم؛ لأنه اشترى نصف الدار والعبد قيمتهما ألف وخمسمائة بنصف الأرض قيمته ألف فانقسم نصف الأرض عليها أثلاثًا، فصار باب نصف الأرض ثمن نصف الدار فصار مشتريا كل جزء من نصف

الدار بمثلي قيمته من الأرض فيصير مشتريا نصف عشر الدار وهو خمسة وعشرون بستة عشر وثلثين فيرجع به.

وعند أبي حنيفة إنما يجعل السفل مثلي العلو في جنس واحد؛ لأن المقابلة في الجنس الواحد تعتبر باعتبار المنفعة والأرض مع الدار جنسين مختلفين، والمعادلة في الأجناس المختلفة تغيير بالقسمة لا بالمنفعة، فيجعل العلو مثل السفل إذا استويا في القيمة والقسمة لا تبطل باستحقاق شيء بعينه فيرجع بالقيمة عندهما، وعند أبي يوسف يرجع بها في رقبتها.

(باب ما يرجع فيه بقيمة البناء وما لا يرجع)

أصله: أن كل قسمة وقعت باختيار القاضي أو باختيارهما ينظر: إن كانت قسمة أو أبى أحدهما يجبر الآبي لو طلب من القاضي كالقسمة في دار وأرض واحدة لم يصر مغرورا؛ لأن كل واحد مضطر في هذه القسمة؛ لأنه يحتاج إلى تخليص ملكه عن ملك صاحبه حتى ينقطع ارتفاق صاحبه بملكه فكان كل واحد منهما محتاجا إلى هذه القسمة لإحياء حقه؛ لأن حقه يحيى بقسمة كل جنس على حدّه بلا تفويت جنس منفعة وهذه مبادلة محضة فصار كل واحد مغرورا من جهة صاحبه؛ لأنه ضمن له سلامة نصيبه وإذا اقتسما دارًا أو أرضًا نصفين وبنى كل واحد في نصيبه ثم استحق الدار لم يرجع أحدهما على صاحبه بقيمة البناء؛ لأن كل واحد مضطر في هذه القسمة فلم يصر مغرورا.

ولو كانت داران وأرضان أخذ كل واحد دارًا بحقه فبنى أحدهما في داره ثم استحقت رجع بنصف قيمة البناء عند أبي حنيفة قيل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده ليس للقاضي أن يجبر الآبي على القسمة في الدارين فيكون بيعًا محضًا فصار كل واحد مغرورا من جهة صاحبه الآبي، وعندهما لا يرجع؛ لأنه يجبر الآبي منهما على القسمة كما في الواحدة، وقيل هذا قولهم جميعًا وهو الصحيح؛ لأن عندهما القاضي إنما يجبر الآبي على هذه القسمة إذا رأى المصلحة في القسمة ولم توجد رؤية الصلاح من القاضي لما اقتسما بأنفسهما فاعتبرت الدور أجناسًا مختلفة بالإجماع، وفي الأجناس المختلفة لا يجبر الآبي منهما على القسمة بالإجماع.

ولو كانت جاريتان وأخذ كل واحد جارية واستولدها ثم استحقت رجع على صاحبه بنصف قيمة الولد عند أبي حنيفة؛ لأن الرقيق لا يقسم عنده قسمة واحدة فكانت القسمة منهما مبادلة كالبيع، واختلفوا على قولهما: قيل لا يرجع؛ لأن الرقيق عندهما يقسم قسمة جمع على كل حال، ولا تكون هذه القسمة موكولة إلى رأي القاضي كما في الدار الواحدة، وقيل يرجع عندهما؛ لأن قسمة الجمع هنا تكون موكولة إلى رأي الإمام كما في الدور. دور بين قوم رأى الإمام جمع نصيب كل واحد منهم في واحدة فخيرهم على ذلك فبنى أحدهم في داره وهدم شيئًا ثم استحق موضع جذع من الدار الأخرى أو مسيل ماء أو حائط بأصله أو طريق فهو بالخيار إن شاء ترك ولم يرجع بشيء، وإن شاء نقض القسمة وهدم ما بنى صاحبه وضمّنه قيمة ما هدم قال مشايخنا وهذه المسألة مخلوطة، والصحيح أن يقال: إن استحق موضع الجذع والمسيل ليس له نقض بناء شريكه بل له الخيار إن شاء ترك ولم يرجع بشيء، وإن شاء نقض القسمة ورجع بقيمة نصف الدار التي أخذ صاحبه مبنيا بالبناء القديم؛ لأن استحقاق موضع الجذع والمسيل عيب في المبيع وليس باستحقاق؛ لأنه لم يستحق جزءٌ من المبيع له حصة من الثمن وإنما استحق حق من حقوق المبيع وذلك يوجب عيبًا فيه، فإن رضي المقسوم بالعيب لا يكون له الرجوع بشيء، فإن فسخ له الرجوع بقيمة المقسوم بناء على أن من اشترى دارًا بعبد فوجد بالعبد عيبًا فردّه وقد بنى المشتري فيها بناء وهدم منه شيئا ليس لمشتري العبد أن ينقض البناء ويضمنه قيمة ما هدم ولكن يرجع بقيمة الدار مبنيا يوم الشراء؛ لأن البناء زيادة حديث بعد القبض في ملك صحيح فمنع الفسخ بالإجماع، فأما إذا استحق حائط بأصله أو طريق إن شاء أمضى القسمة ويرجع بحصته من قيمة الدار مبنيا عند أبي حنيفة وعندهما يرجع بحصته من رقبة الدار؛ لأن المستحق جزء من المبيع وهو الأرض ويقابله الثمن، وإن شاء نقض القسمة وليس له نقض بناء شريكه عند أبي حنيفة وعندهما له نقضه بناء على ما إذا اشترى عبدًا بدارٍ وبنى فيها ثم استحق العبد ينقض البناء عندهما وعنده لا ينقض.

(المنتقى): ذكر هشام عن محمد: أرض بين رجلين بنى فيها أحدهما فقال الآخر ارفع عنها بناءك، فإنه يقسم الأرض بينهما فما وقع من البناء في النصيب الذي لم يبن فله أن يرفعه أو يرضيه بأداء القيمة؛ لأنه لو رفع بطل حق الثاني في الكل.

ولو قسم لا يبطل في القدر الذي بنى في ملكه فكانت القسمة أولى. دار بين اثنين انهدمت فقال أحدهما أبني وأبى الآخر قسم العرصة بينهما.

ولو انهدم رحا بين اثنين فقال أحدهما ابني وأبى الآخر كان لطالب البناء أن يبني ثم يؤاجرها فيأخذ نفقته؛ لأن الدار تحتمل القسمة، والرحا لا.

(فصل)

دار بين ثلاثة اقتسموها أثلاثا ثم اشترى رجل من أحدهم قسمه وقبضه ثم جاء أحد الباقين فقال للمشتري: إنا لم نقسم فاشترى منه الثلث من جميع الدار شائعًا ثم جاء الثالث وقال: اقتسمناها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الأول وكذبه الثاني والمشتري يقول لا أدري أقسمت أم لا فالقسمة جائزة والشراء الأول جائز؛ لأن الثالث أقام البينة على جواز القسمة ومتى قضي بجواز القسمة وقع الشراء الأول جائزًا والمشتري بالخيار إن شاء أخذ ثلث قسم البائع الثاني بثلث الثمن، وإن شاء رده وأخذ جميع الثمن؛ لأنه ظهر أنه باع ثلثه من نصيب نفسه وثلثيه من نصيب صاحبه؛ لأنه متى باع الثلث من جميع الدار بعد القسمة فقد باع سهمًا من قسمه وسهمين من نصيب صاحبه فصح في نصيب نفسه لا غير فقد استحق على المشتري سهمين من المبيع فيتخير.

ولو أن المشتري صدقه الأول والثاني فكذلك يخير؛ لأنه استحق بعض المبيع، فإن ردّ بيع الثاني رد عليه من نصيب الأول ثلثه؛ لأنه أقر أن سهمًا مما أخذه من الأول ملك الثاني، فالشراء وإن بطل يجب عليه التسليم إلى الثاني بحكم إقراره، كما لو أقر أن العبد ملك البائع ثم استحق من يده ثم عاد إليه فعليه الرد إلى البائع، وإن أمضاه لزمه ثلث الثمن بثلث من نصيب الثاني ويرجع بثلث الثمن حصة نصيب الثالث، ولا يرجع المشتري على الأوّل بشيء من الثمن؛ لأنه سلم له أن البيع من جهة البائع الثاني؛ لأنه سُلِّم له سهم ممَّا في يد الثاني وهو ثلث المبيع وسهم آخر

ممّا أخذه من الأول لأنه أقر أن ما أخذه من الأول كان ملكًا للثاني لما أقر وقت الشراء الثاني أن الدار غير مقسومة فصح أولًا شراؤه من الثاني وإلّا لزمه تسلم ذلك السهم إلى الثاني، وإنما سقط عنه التسليم لأجل شرائه منه فاعتبرها لماله من جهته بحكم الشراء بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه لم يقر نصًّا أن سهمًا مما أخذه من الأول ملك الثاني؛ لأنه لم يقر أن الدار غير مقسومة، وإنما حصل مقرًّا بذلك مقتضى مباشرة شراء الثلث شائعًا، وقد بطل هذا الشراء لما أبطل الثالث القسمة فبطل الأول ببطلان الشركة كما لو اشترى عبدًا ثم استحق من يده ثم وصل إلى يده لا يلزمه تسليمه إلى البائع، وإن حصل مقرا أنه ملك بائعه مقتضى الشراء فكذا هذا.

(باب المهايأة)

يحتاج إلى معرفة: مشروعية المهايأة، وتفسيرها، وحكمها.

أمّا شرعيتها: فالمهايأة فيما يحتمل القسمة جائزة لقوله تعالى: ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ١٥٥] هذه المهايأة في الشرب وأجمعت الأمة جوازها؛ ولأن المهايأة قسمة المنافع يصار إليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على غير واحدة انتفاعا فكانت المهايأة جمعا للمنافع في زمان واحد لا لقسمة جمع النصيب الشائع في مكان واحد معين فجرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة في الاعتبار.

وأما تفسيرها: فإنّها مأخوذة من التهييء وهو أن يهيئ كل واحد منهما لصاحبه ما شرط له.

وأما تفسيرها شرعًا: فالمهايأة مبادلة معنى وليست بإقرار من كل وجه لأنها لا تجري في المثليات كالمكيلات والموزونات؛ لأنه مما لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها حتى تعبير قسمة المنافع إفرازا من كل وجه كالقسمة في المثليات وإنما تجري في الأعيان المتفاوتة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالدار والأرض فتعتبر المهايأة مبادلة معنى إقرارًا صورة؛ لأن ما يستوفي كل واحد منهما من المنافع بعضه نصيبه وبعضه نصيب صاحبه عوضًا عما ترك من نصيبه على صاحبه ومبادلة المنفعة بالمنفعة بطريق المهايأة جائزة لأنها ليست بمبادلة حقيقة والنصّ إنما حرم

النَّساء فيما هو مبادلة حقيقة معدولا عن القياس فلا يلحق المبادلة المعنوية.

وأما حكمها: فيميز نصيب كل واحد في المنفعة حتى لم ينفرد أحدهما بالمهايأة فإذا طلب أحدهما يجبر الآبي على المهايأة اعتبارًا بقسمة المنفعة بقسمة العين.

ورُوي عن ابن سماعة عن محمد: ليس لأحدهما أن ينقض المهايأة إلا بعذر كما في الإجارة، وفي ظاهر الرواية لهما نقض المهايأة بلا عذر إذا لم يرد التعنت لأنها غير لازمة كقسمة العين وغير لازمة قبل القبض ليأمن والمنفعة لم تصر مقبوضة بقبض العين لأنها تحدث ساعة فساعة فكان لكل لواحد نقضها اعتبارًا بقسمة المنفعة وهي بالغة للعين بقسمة العين وهي أصل، وهنا تهايآ بتراضيهما وإن تهايأ القاضي بينهما فليس لأحدهما نقضها ما لم يصطلحا على النقض لأنها لو انتقضت لنقض أحدهما لاحتجنا إلى إعادة مثلها فلا يفيد النقض ومتى انتقضت بنقضها لا يحتاج إلى إعادة مثلها فلا يفيد النقض ومتى انتقضت بنقضها لا يحتاج إلى إعادة مثلها وإنما يحتاج إلى إعادة ما هو أعدل من هذه القسمة وهي القسمة بقضاء القاضي فتقيدا لبعض فائدته وتصح المهايأة من غير بيان المدّة؛ لأن بيان المدة في العقد الواقع على المنفعة إذا لم يكن؛ لأن ما لا يكون شرطًا للجواز كما في العارية؛ لأنه إذا لم يكن لازما فجهالة المدّة لا تفضي إلى المنازعة بل لكل واحد نقضه ولا يبطل بموت أحدهما؛ لأن المهايأة مبادلة من وجه إقرار من وجه فباعتبار المبادلة إن بطلت بالموت كالإجارة وباعتبار الإقرار لا تبطل كالقسمة فلا تبطل بالشك.

ولو طلب أحدهما القسمة قسم القاضي بينهما وفسخ المهايأة لأنّ قسمة العين أبلغ في استكمال المنفعة من المهايأة فكانت القسمة أصلًا والمهايأة تبعًا ويجوز إبطال البيع لإثبات الأصل.

ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: في الشيء الواحد.

والثاني: في الشيئين.

أما الأول: لو تهايآ في دار واحدة فلا يخلو، إما أن تهايآ من حيث المكان أو من

حيث الزمان، فإن تهايآ مكانا، فإن تهايآ على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أو يسكن أحدهما سفلا والآخر علوًا جاز وهي قسمة المنافع ولا يشترط بيان المدة.

ولو استغل أحدهما نصيبه جاز شرط في المهايأة أو لم يشترط؛ لأنه يكون المهايأة في الاستغلال حالة الانفراد نصًا فيجوز تبعًا للمهايأة في السكنى؛ لأن المهايأة قسمة العين في حق المنافع فصارت العين مملوكة له في حق المنافع فكانت المنافع حاصلة من أصل مملوك له فيملك التمليك من غيره بعوض وبغير عوض.

وقال بعضهم: لا يجوز كما في العارية إلّا إذا شرط الاستغلال في المهايأة.

وأما إذا تهايآ زمانًا بأن تهايآ في دار واحدة على أن يسكن فيها أحدهما شهرًا والآخر شهرًا أجاز في ظاهر الرواية.

وذكر محمد في الرقيات: أنه لا يجوز المهايأة زمانًا وإنما يجوز مكانا؛ لأن القسمة مبناها على المعادلة ولا معادلة في التهايؤ من حيث الزمان؛ لأن الذي يبدأ بالانتفاع ينتفع حالًا والآخر مآلًا فيكون حق أحدهما نقدا والآخر نسبة والنقد خير من النسبة والتفاوت من حيث النقدية والنسبية يمنع جواز القسمة، ولهذا لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد استغلالا بخلاف المهايأة في المكان؛ لأن التفاوت في السكنى يسير فلا يمنع المهايأة. وجه ظاهر الرواية في التفاوت من حيث النقدية والنسبية في الانتفاع يسير عرفا وعادة، ولهذا الأب والوصي يملكان بيع مال اليتيم بالنسبة والتفاوت اليسير لا يمنع القسمة وهذا في معنى العارية، ولهذا يشترط المدة، ولو أجر أحدهما لا يجوز كما في العارية.

ولو تهايآ في دار واحدة على أن يأكل عليها هذا شهرًا وهذا شهرًا جاز إن استوت الغلتان وإن فصل في شهر اشتركا في الغلة.

ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد دارًا أو يؤاجرها جاز غلة إحداهما لا يشارك الآخر في الفضل والفرق في الدارين أمكن تصحيح قسمة المنفعة حقيقة، فإنه يصح قسمة العين على هذا الوجه فجازت قسمة المنفعة وإن صحت القسمة اختص كل واحد بمنفعة مقسومة فاختص ببدلها، فأما في الدار الواحدة لا يمكن

تصحيح القسمة للحال؛ لأن القسمة إنما تتحقق على سبيل المقابلة للحال وهنا المنفعة والغلّة لأحدهما لا يقابلها منفعة للآخر للحال بل ببدل سيحدث له في المال فلم تكن قسمة للحال فجعل إقراضا لغلة الدار؛ لأن القرض أجر عاجل بآجل وقد وجد هنا. أخذ غلة عاجلة بغلة آجلة وكانت الغلة مضمونة بالمثل وكانت الزيادة بينهما لأنها نماء ملكهما.

ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم كل واحد منهما يوما فهو جائز، ولو شرطا الاستغلال لم يجز لما تبين.

وأما **القسم الثاني**: ولو تهايآ في العبدين على أحد منهما سنة جاز.

ولو تهايآ على غلتهما لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز إذا استوت الغلتان.

لهما: أن التفاوت بينهما في الاستغلال تفاوت يسير متى استويا في الحرفة والعمل والمنفعة، والتفاوت اليسير لا يمنع القسمة خلاف التهايؤ في العبد الواحد؛ لأن التفاوت بين النصيبين في العبد الواحد تفاوت فاحش في الاستغلال؛ لأن العبد لا يستأجر في الشهر الثاني بمثل ما يستأجر في الشهر الأوّل؛ لأن المستأجر يبالغ في استيفاء العمل فيضعف العبد عن العمل في الشهر الثاني ففحش التفاوت في مقدار الغلة فتعتبر مبادلة محضة واستبدال منفعة بمنفعة من جنسها لا يجوز.

له: أن التفاوت بين العبدين في الاستغلال فاحش؛ لأن العبدين قد يتفقان في الحرفة ثم يستأجر أحدهما بأضعاف ما يستأجر به الآخر لزيادة حذاقة وكياسة وهداية في العمل ولمعاني باطنة في الإنابة والديانة والصيانة كما يشتري أحدهما بأضعاف ما يشتري به الآخر، ومتى فحش التفاوت في المنفعة صار كاختلاف الجنسين، فتعتبر المهايأة مبادلة محضة كالقسمة في الأجناس المختلفة، فاستبدال المنفعة بالمنفعة من جنسها لا يجوز بخلاف التهايؤ في الخدمة؛ لأن التفاوت في الخدمة للموليين يسير؛ لأن للمولى منفعة عليه فلا يبالغ في الخدمة على وجه يضر به، فتعتبر القسمة إقرارًا فلا يمنع إيجاد جنس المنفعة جوازها.

ولو تهايآ في دابتين على أن يركب أحدهما دابة منهما والآخر الأخرى، أو يستغلا على هذا الوجه لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز؛ لأن القسمة

للعين تجوز كذلك فكذلك المهايأة؛ لأن التفاوت في الركوب يسير كالتفاوت في خدمة العبدين له أن التفاوت في الركوب تفاوت فاحش بركوب واحد قد يكون أضر وآلمُ بالدابة من ركوب الآخر، وهذا لو أجر الدابة المستأجرة للركوب، وإذا اختلفت المهايأة كانت المهايأة مبادلة محضة فلا يجوز، ولا تجوز المهايأة في الدابة الواحدة ركوبا واستغلالا بالإجماع ولم يذكر في الكتاب المهايأة على لبس الثوبين.

قال بعض مشايخنا: لا يجوز عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس تفاوتًا فاحشًا، ولهذا من استأجر ثوبًا ليلبسه لم يجز أن يؤاجرها لِثاني. ولو تهايأو مملوك على أن يسكن هذا الدار سنة والآخر يستغل العبد سنة جاز؛ لأنه جائز استئجار الدار بخدمة العبد فلأن تجوز المهايأة على منافعهما أولى.

ولو تهايآ في غلتهما لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز لأنّهما تهايآ في غلة العبد؛ لأن الذي شرط له العبد مستغل له حقيقة والذي شرط له الدار مستغل لها معنى لا يحصل له بدل العبد وهو منفعة نصف الدار والتهايؤ في العبد الواحد استغلالًا فاسدًا وقد صار ذلك شرطًا في التهايؤ على الدار بحكم إيجاد الصفقة عند أبي حنيفة، فإنه شرط فاسد فأوجب فساد المهايأة في بداء وعندهما إنما يجوز التهايؤ في العبد الواحد استغلالا لتفاحش التفاوت في العمل وهنا لا يظهر التفاوت في الاستغلال عند اختلاف جنس المنفعة؛ لأن كل واحد يستغل ما شرط من المنفعة. تهايآ في أغنام بينهما على أن يكون نصفها عند هذا والنصف عند الآخر يعلفها ويرعاها ويشرب لبنها ويجز صوفها لا يجوز بيع اللبن في الضرع والصوف على الظهر فكذلك القسمة؛ لأن اللبن لهما والعلف عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه، فإنه لا يجوز ولأن اللبن يزيد وينقص والعلف مثله فيكون التفاوت فاحشًا فتكون مبادلة محضة فكان بيع لبن بلبن وصوف بصوف مجازفة فلا يجوز بعد الحلب والجز فقبلهما أولى، وكذلك لو تهايآ في النخيل والأشجار على أن يأخذ كل واحد طائفة ويستثمرها لم يجز.

ولو تهايآ في عبدين على أن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام خادم كل واحد

عليه جاز استحسانًا لا قياسًا؛ لأن كل واحد منهما شرط أن يطعم نصيب شريكه على أن يطعم شريكه نصيبه في مدّته فتكون مبادلة الطعام بالطعام وهو مجهول أو معدوم فلا يجوز. وجه الاستحسان: أن التفاوت بين الطعامين يسير غير معتبر عادة؛ لأن العادة قد جرت بالمسامحة والمساهلة في الطعام فلم تكن هذه الجهالة معتبرة شرعا.

ولو شرطا على كل واحد كسوة ما في يده لا يجوز إلا إذا ثبت شيئًا معلومًا؛ لأنّ التفاوت في الكسوة متفاحش ولا يجري فيها المسامحة فكانت جهالتها مانعة.
أمتان إحداهما أفضل خدمة فتهايآ على أن يستخدم أحدهما الفاضلة سنة والآخر الأخرى سنين جاز؛ لأن خدمة الفاضلة تعدل خدمة المفضولة وقسمة العينين على التفاوت لتحقيق المعادلة بين النصيبين جائز فكذلك المهايأة في المنفعة.

ولو تهايآ في أمتين فعلقت إحداهما ممن هي عنده بطلت المهايأة ويستأنف في الأخرى؛ لأنها لما صارت أم ولد للواطئ وتملك نصيب شريكه بالقيمة وانقطعت الشركة فيها بالاستيلاد فبطلت المهايأة.

ولو استخدمها الشهر كله إلا ثلاثة أيام ثم مرضت أو أبقت نقصت من شهر الأخرى ثلاثة أيام ثم يستقبلان المهايأة تحقيقًا للمعادلة والمساواة، وعقد المهايأة قائم فيجوز التسوية بحكم العقد بخلاف ما لو استخدم الشهر وزيادة ثلاثة أيام لا يزاد للآخر ثلاثة أيام ليستويا؛ لأن المهايأة قد انتهت بمضي الشهر والمنافع لا يجوز أن تضمن بالإتلاف من غير عقد، وكذلك لو أبقت إحداهما كل الشهر واستخدم الآخر أمته شهرًا لم يضمن؛ لأنه استوفى المنفعة من غير عقد، فإن المهايأة قد انقضت بالإباق.

ولو هلكت إحداهما في خدمته لم يضمن لأنها هلكت بفعل مأذونٍ فيه كما في الإجارة والإعارة.

ولو مات أحدهما وعليه دين يباع نصيبه في دينه؛ لأنه تعلق به حق المدين فلا يملك الورثة تنفيذ المهايأة وتخصيص محمد فضل الدين أنه ليس للوارث إمضاء المهايأة دليل على أن لهم إمضاءها إذا لم يكن في التركة دين.

باع أحدهما نصيبه فاسدًا لا تبطل المهايأة ما لم يسلم؛ لأنه لا يزول عن ملكه إلا بالتسليم كما لو كان الخيار للبائع.

ولو كان البيع بخيار المشتري تبطل المهايأة؛ لأن ملك البائع قد زال وانقطعت الشركة. قوم اقتسموا أرضًا بالسوية ثم اختلفوا في الطريق إن اختلفوا بعد القسمة، فالقول قول المدعى عليه؛ لأن القسمة تميزت أملاكهم وأحد المتقاسمين إذا ادعى حقًّا في قسم صاحبه فأنكر صاحبه فالقول للمنكر، وإن كان قبل القسمة تهايؤوا بينهم على ما شاء والآن نصيب بعضهم لم يتميّز من البعض وهم شركاء في ذلك سواء.

(فصل)

ولو تهايآ في دارين فوضع أحدهما في داره شيئًا أو ربط فيها دابة أو مرض فعثر به إنسان ومات لا يضمن، ولو بنى أو حفر فيها بئرًا ضمن؛ لأن الأول من مرافق السكنى، ولهذا ملكه المستعير فلم يكن متعديًا فيه والبناء والحفر ليس من مراد السكنى فكان متعديا فيه في نصيب شريكه فضمن مقدار نصيب شريكه ولم يضمن مقدار نصيب نفسه. حائط أو دار مشتركة لأحدهما أن يبني عليه أو يفتح فيها كوة له يحفر فيها؛ لأنه تصرف في ملك مشترك، وذكر الحسن له البناء في الدار.

عبد بين رجلين فاستخدمه أحدهما بغير إذن صاحبه فمات في خدمته لم يضمن، وفي الدابة بين رجلين إذا ركبها أحدهما أو حمل عليها متاعه بغير إذن الآخر ضمن نصيب شريكه؛ لأن الاستخدام مما لا يتفاوت وكان مأذونًا فيه من جهة شريكه عادة، فأما الركوب والحمل ممّا يتفاوت فاحشًا فلا يكون مأذونًا فيه.

(النوادر): روى ابن مالك عن أبي يوسف: دار بين رجلين لأحدهما أن يسكن قدر حصته، ولو كانت أرض بين رجلين ليس لأحدهما أن يزرع قدر حصته؛ لأن السكنى ممّا لا تتفاوت والزرع ممّا يتفاوت في الضرر بالأرض، وذكر هشام في "نوادره" عن محمد: له ذلك في الوجهين، والله أعلم.

تم الجزء الخامس بحمد الله وعونه ومنه ولطفه وكرمه

يتلوه الجزء السادس: كتاب الإجارات.

غفر الله لكاتبه ولقارئه ومستمعه ومستنسخه سيدنا ومولانا أقضى القضاة حاكم الحكام حلال الأحكام مفتي الأنام بقية السلف الكرام كمال الدين أمتع الله ببقائه وزاد في علوه وارتقائه وأسبغ عليه صافي نعمائه، وجبل القلوب على حبه وولائه.

والحمد لله وحده، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا، حسبنا الله ونعم الوكيل.

بسم الله الرحمن الرحيم
وما توفيقي إلا بالله

كتاب الإجارات[1]

نحتاج الى معرفة: شرعية الإجارة، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها على الخصوص، وحكمها، وكيفية انعقادها، وأنواعها.

أما شرعيتها: فلقوله تعالى حكاية عن شعيب أنه قال لموسى عليهما السلام: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص:٢٧]، وشريعة من قبلنا تلزمنا حتى يقوم الدليل على نسخها. ولقوله عليه السلام: "**مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ**"[2]. وقوله عليه السلام: "**أعط الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْل أَنْ يَجِفَّ**

---

(١) الإِجَارَةُ فِي اللُّغَةِ اسْمٌ لِلأُجْرَةِ، وَهِيَ كِرَاءُ الأَجِيرِ وَهِيَ بِكَسْرِ الْهَمْزَةِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ. وَحُكِيَ الضَّمُّ بِمَعْنَى الْمَأْخُوذِ وَهُوَ عِوَضُ الْعَمَلِ، وَنُقِلَ الْفَتْحُ أَيْضًا، فَهِيَ مُثَلَّثَةٌ، لَكِنْ نُقِلَ عَنِ الْمُبَرِّدِ أَنَّهُ يُقَالُ: أَجَرَ وَآجَرَ إِجَارًا وَإِجَارَةً. وَعَلَيْهِ فَتَكُونُ مَصْدَرًا، وَهَذَا الْمَعْنَى هُوَ الْمُنَاسِبُ لِلْمَعْنَى الاصْطِلَاحِيِّ.

وَعَرَّفَهَا الْفُقَهَاءُ بِأَنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى تَمْلِيكِ مَنْفَعَةٍ بِعِوَضٍ.

وَيَخُصُّ الْمَالِكِيَّةُ غَالِبًا لَفْظَ الإِجَارَةِ بِالْعَقْدِ عَلَى مَنَافِعِ الآدَمِيِّ، وَمَا يَقْبَلُ الانْتِقَال غَيْرَ السُّفُنِ وَالْحَيَوَانِ، وَيُطْلِقُونَ عَلَى الْعَقْدِ عَلَى مَنَافِعِ الأَرَاضِي وَالدُّورِ وَالسُّفُنِ وَالْحَيَوَانَاتِ لَفْظَ كِرَاءٍ، فَقَالُوا: الإِجَارَةُ وَالْكِرَاءُ شَيْءٌ وَاحِدٌ فِي الْمَعْنَى.

انظر: حاشية ابن عابدين ٢/٥ ط. بولاق، وكشف الحقائق ١٥١/٢ ط. ١٣٢٢هـ، والمبسوط ٧٤/١٥ ط. أولى، والأم ٢٥٠/٣ ط. أولى ١٣٢١هـ، والمغني المطبوع معه الشرح الكبير ٣/٦ ط. المنار ١٣٤٧هـ الشرح الصغير على أقرب المسالك ٥/٤.

(٢) أخرجه أحمد ٥٩/٣ (١١٥٨٦) قال: حدثنا أبو كامل. وفي ٦٨/٣ (١١٦٧٢) قال: حدثنا سريج. وفي ٧١/٣ (١١٦٩٩) قال: حدثنا حسن. و«أبو داود»، في «المراسيل» (١٨١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل.

أربعتهم: (أبو كامل، مظفر بن مدرك، وسريج بن النعمان، وحسن بن موسى، وموسى) عن حماد بن سلمة، عن حماد بن أبي سليمان، عن إبراهيم النخعي، فذكره.

عَرَقُهُ"(١). ولأن القياس يأبى جوازها لأن المعقود عليه المنفعة؛ لأن الإجارة وضعت لتمليك المنفعة، والمنفعة فيما يستقبل معدومة، وإضافة العقد إلى معدوم سيوجد لا تصح كإضافة البيع إلى عين ستوجد، وإنما جوزناها للضرورة؛ لأن الإنسان يحتاج إلى منفعة عين لإقامة مصالحه، ولا يجد من العين ليشتري فينتفع به بملك الرقبة وصاحب العين لا يعتبره، ولو لم تجز الإجارة لضاق الأمر على الناس، والقياس يترك للضرورة كما جوز السلم للحاجة والضرورة(٢).

وأما تفسيرها: فالإجارة لغة: عبارة عن بيع المنفعة؛ لأنها نقلت وأشهرت لذلك، ولهذا شرط التأقيت لبيان ملك المنفعة، والتأقيت في تلك الأعيان باطل.

وأما ركنها: فالإيجاب والقبول كما في البيع، ولا تنعقد الإجارة بلفظ البيع حتى لو قال: بعت منك خدمة هذا الغلام شهرًا، وقبله الآخر كان باطلًا. ولو قال: استأجرت منك، جاز؛ لأن البيع وضع لتمليك الأعيان دون المنافع.

وأما شرط جوازها: فثلاثة أشياء: أجل معلوم، ومحل معلوم، وبدل معلوم، لأن المنافع تصير معلومة بثلاثة أشياء:

أحدها: بالمدة، كاستئجار الدار للسكنى، والأرض للزراعة سنة.

وتارة تصير معلومة بالتسمية في العقد كمن استأجر رجلًا ودفع إليه ثوبًا على أن يصبغه أو يخيطه، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارًا معلومًا، أو ليركبها مسافة معلومة.

وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة، كمن استأجر رجلًا لينقل هذا الطعام.

وأما حكمها: فوقوع الملك في البدين ساعة بعد ساعة إلا بشرط تعجيل الأجرة.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣) قال: حدثنا العباس بن الوليد الدمشقي، قال: حدثنا وهب بن سعيد بن عطية السلمي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، فذكره.

(٢) انظر: البدائع ١٧٣/٤، ١٧٤، والمبسوط ٧٤/١٥، والهداية، وتكملة الفتح ١٤٦/٧، ١٤٧ ط. بولاق ١٣١٧هـ، والشرح الصغير ٥/٤، ٦، وبداية المجتهد ٢٤٠/٢، ونهاية المحتاج ٢٥٩/٥ ط. ١٣٥٧هـ، والمغني مع الشرح الكبير ٢/٦ ط. المنار ١٣٤٧هـ.

وأما كيفية انعقادها: فالإجارة عندما تنعقد فيما بين المتعاقدين للحال وتنعقد ساعة فساعة في حق الحكم وهو الملك على حسب حدوث المنفعة.

وعند الشافعي: تنعقد في حق الحكم للحال.

والصحيح قولنا؛ لأن المنافع معدومة حقيقة، ومنفعة الدار سنة لا يتصور وجودها في ساعة ولحظة، فلا يمكن جعلها موجودة شرعًا؛ لأن الشرع لا يرد بتقدير المستحيل، ولئن أمكن جعلها موجودة حكمًا، لكنه قلب الحقيقة وتغييرها فلا يصار إليها إلا بحاجة ماسة وضرورة داعية، والحاجة تندفع بانعقاد العقد فيما بين المتعاقدين مضافًا إلى رقبة الدار فينعقد هذا العقد على رقبة الدار في حق المنفعة بدليل أنهما لو أضافا العقد إلى المنفعة لا يجوز، ولو أضافا إلى الدار جاز، ثم ينعقد في حق الحكم على حسب حدوث المنفعة كما إذا أوصى بما تلد أغنامه العام، أو بما يثمر نخله العام، أو بثلث ماله ولا مال له يصح، فكذا هذا، وإنما يملك أن يؤاجر من غيره؛ لأن سبب الملك متى انعقد وصار بحال لو حدثت المنافع حدثت على ملكه فالشرع أطلق له مباشرة السبب باعتبار الحاجة؛ لأنه لا يملك إيراد العقد على المنافع بعد وجودها؛ لأنها لا تبقى فصار علة ولاية التمليك فيما لا يبقي ثبوت الولاية له على المحل وقد وجد.

وأما لو باعها فإنها نوعان:

أحدهما: إجارة على منافع الاعتبار كاستئجار العقار والعيد والدوار.

والثاني: إجارة على الأعمال كاستئجار الصناع والقصار والخياط ونحو ذلك، وشرط جوازهما أن تكون العين المستأجرة والعمل المؤاجر معلومًا، والأجرة والمدة معلومة لأنها عقد معاوضة؛ لأن الأجرة تجري مجرى الثمن والعمل، أو المنفعة تجري مجرى المبيع وإعلام الثمن والمبيع شرط لصحة العقد.

(باب ما يصلح أجرة في الإجارة ومتى يجب تسليمها)

كل ما صلح أن يكون ثمنًا في المبيع صلح أن يكون أجرة في الإجارة، وما لا فلا؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فيعتبر بيع العين والمكيل والموزون والنبات يصلح

أجرة على الوجه الذي يصلح ثمنًا، والحيوان يصلح أن يكون معينًا ودينًا فلا؛ لأن المنفعة مال والحيوان لا يثبت دينًا في الذمة بدلًا عما هو مال فمتى كان عينًا تكون العين بالدين هو المنفعة فجاز.

وإن كان دينًا يكون بملك الدين بالدين فلا تجوز إلا المنفعة، فإن المنفعة تصلح أجرة في الإجارة إذا اختلف جنس المنفعة ولا يصلح ثمنًا في البياعات؛ لأن الثمن يجب أن يكون مملوكًا بنفس البيع، والمنفعة لا تصير مملوكة بنفس العقد لأنها معدومة وتصلح أجرة؛ لأن الأجرة يجوز أن لا تكون مملوكًا بنفس العقد كالمنفعة، ولهذا يصلح أن تكون المنفعة مهرًا في النكاح؛ لأنه ليس في شرط الإمهار أن يكون المسمى مملوكًا بنفس العقد، فإنه لو سمي عند الغير صح فكذا هذا، وإذا كانت الأجرة حمل ومؤنة ولم يتبين موضع الأنصباء فسدت الإجارة عند أبي حنيفة، وعندهما لا تفسد ويدفع حيث الأرض والدار وفي الحمولة حيث ما وجب له يعني كلما حمل من المسافة فأخذ حصته من الأجر، وفي العمل حيث يوفيه العمل، فإن طالبه في موضع آخر لم يكلف بل يستوثق منه ليوفيه في موضعه، وإن لم يكن له حمل ومونة أخذ به حيث شاء، وقد عرف هذا في السلم، والأجرة لا تملك بنفس العقد حتى لا يملك الآجر حبس المستأجر لاستيفاء الأجرة.

وقال مالك والشافعي: يملك.

والصحيح قولنا؛ لأن المنافع لم تملك بنفس العقد لعدمها فكذلك بدلها تحقيقًا للتساوي بينهما كما في سائر المعاوضات؛ لأن المعاوضة تقتضي التسوية بين البدلين ملكًا بإزاء ملك وتسليما بإزاء تسليم نظرًا للمتعاقدين دفعًا للضرر عنهما، فإن شرطا التعجيل في العقد أو عجل ملكت؛ لأنه بالتعجيل أو باشتراطه رضي بالتفاوت فلم يبق التساوي مقتضى هذا العقد، وتغيّر بتغيرهما تحقيقًا لغرضهما في الرضى بالتفاوت وللمؤاجر حبس المنافع حتى يستوفي الأجرة ويطالبه بها ويحبسه، وله حق الفسخ إن لم يعجل؛ لأن المنافع بمنزلة البيع فكان له حق الحبس لاستيفاء بدله، ولو لم يشترط التعجل يأخذه بالأجر يومًا فيومًا في إجارة العقار وفي قطع المسافة يأخذ أجره كل مرحلة إذا انتهى إليها.

ورُوي عن أبي يوسف: إذا سار ثلث الطريق أو نصفه لزمه التسليم، وقال زفر: لا يجب إيفاء شيء من الأجرة إلا بعد انقضاء جميع المدة أو قطع المسافة وهو قول أبي حنيفة أولا؛ لأن المعقود عليه المنفعة مما لم يسلّم كله لم يجب تسليم شيء من البدل كما في البيع لا يجب تسليم شيء من المبيع ما لم يسلم جميع الثمن فكذا هذا.

لنا: أن المعاوضة مبناها على المساواة والمعادلة وقد صار أحد العوضين مسلمًا منتفعًا فيجب أن يكون الأجر كذلك مسلمًا مرتفقًا تحقيقًا للمعادلة إلا في موضع الضرورة، فأما الخياط والصباغ وكل صانع لعمله أثر يحبس به، فإنه لا يستوجب الأجر حتى يوفي العمل كله؛ لأنه لا منفعة للبعض فأمكن تسليم المعقود عليه جملة فلا يجب تسليم شيء منه بإيفاء بعض الأجرة كما في المبيع حتى لو عمل في منزل المستأجر فكلما عمل شيئًا استحق قسطه من الأجر؛ لأنه منتفع به لا يمكن تسليمه جملة؛ لأنه يقع مسلمًا، ولهذا لا يستحق الحبس فوجب الأجر بقدر ما استوفى.

ولو شرط في الإجارة أن لا يسلم الأجر إلا بعد انقضاء مدة الإجارة فذلك جائز؛ لأن الأجرة تقبل التأجيل؛ لأنه دين كالثمن.

(المنتقى): رجل استأجر دابة بالكوفة إلى الري بالدراهم فغلبه بعد الكوفة؛ لأنه مكان العقد فينصرف مطلق الدراهم إلى المتعارف في مكان العقد.

(باب تصرف المؤاجر)

ولو باعه بالأجر متاعًا وسلمه جاز؛ لأنه يتضمن اشتراط التعجيل، ووجب الأجر دينًا في الذمة والشراء متعلق بمثله دينًا في الذمة فتقع المقاصة بينهما للحال؛ لأنهما قصدا من إضافة الشراء إلى الأجر وقوع المقاصة بين الأجر وبين الثمن حتى تفيد هذه الإضافة نوع فائدة، فإن تعدد إيفاء العمل رجع المستأجر بالدراهم دون المتاع؛ لأن المؤاجر ملك المتاع بالشراء فيعتبر بما لو أوفى بالدراهم حقيقة، ولو أوفاه بالدراهم وانتقضت الإجارة رجع بالدراهم فكذا هذا. ولا يجوز بيع الأجرة العين قبل قبضها؛ لأنه بمنزلة المبيع، ألا يرى لو هلك قبل القبض انتقضت الإجارة وعلى

المستأجر أجر مثلها، وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وبيع غير العين يجوز من المستأجر؛ لأنه دين بمنزلة الثمن فيجوز الاستبدال به قبل القبض، فإن باعه بشيء بعينه جاز بكل حال؛ لأنه بيع عين بدين، وإن قال بغير عينه يشترط قبضه في المجلس لئلا يكون بيع الدين بالدين، ولو تصارفا بالأجرة وأخذ بالدراهم دنانير لا يجوز عند أبي يوسف في قوله الأخير، وفي قوله الأول يجوز وهو قول محمد يجوز إن قصدهما من إضافة عقد الصرف إلى الأجرة إثبات المقاصة بين الأجرة وبدل الصرف، ولا تثبت المقاصة إلا بعد إثبات اشتراط التعجيل؛ لأن المقاصة ببدل الصرف وبدين وجب بعد الصرف لا يجوز فيضمن إقدامهما على المصارفة اشتراط التعجيل قيل كأنهما شرطا التعجيل قبل الصرف تصحيحًا لصرفهما.

لأبي يوسف: أن المصارفة قد دفعت بدين غير واجب؛ لأن الأجرة غير واجبة قبل الاستيفاء للمنفعة وقبل اشتراط التعجيل فلا يمكن إثبات اشتراط التعجيل مقتضى المصارفة سابقًا عليها لعدم الضرورة؛ لأن المصارفة صحيحة من غير اشتراط التعجيل، فإن المصارفة بأجرة غير واجبة وقعت جائزة حتى إذا نفذ في المجلس جاز، فإن المصارفة بدين لا يجب للحال جائز إذا نقده في المجلس وإنما يبطل بعد الصحة إذا لم ينفذ الأجرة ومتى أمكن إيقاعها على الصحة بانتقاد الأجرة فلا ضرورة إلى إثبات اشتراط التعجيل مقتضى نفاذ الصرف على الصحة.

وإن كانت الأجرة بقرة بعينها لا يجوز المصارفة بها بالإجماع؛ لأن الأجرة بمنزلة المبيع فالاستدلال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، ولو أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجرة أو وهبه منه أو تصدق عليه لم يجز عند أبي يوسف عينًا كان أو دينًا ولم يكن نقضًا للإجارة؛ لأن الإبراء إسقاط الدين والأجرة غير واجبة قبل استيفاء المنفعة وغير مملوكة بنفس العقد إن كانت عينًا والهبة تمليك، فإذا لم تكن الأجرة مملوكة لم تصح الهبة فلم تتضمن نقضًا للعقد، وعند محمد يجوز إن كان دينًا، وإن كان عينًا إن قبل الهبة بطلت الإجارة وإن رد لم تبطل؛ لأن هذه التصرفات تضمنت اشتراط التعجيل فيصير شارطًا للتعجيل. مقتضى هذه التصرفات سابقًا عليها فصادفت هذه التصرفات الأجرة الواجبة في الذمة.

وذكر أبو الليث في (نوازله): لو وهب المؤاجر أجرة رمضان هل يجوز؟ قال على قول محمد إن استأجر سنة يجوز، وإن استأجر مشاهرة تجوز إذا دخل رمضان ولا يجوز قبله، وعلى قول أبي يوسف لا يجوز إلا بعد مضي المدة، ولو مضى من السنة نصفها ثم أبرأه من جميع الأجرة أو وهبه منه، فإنه يبرأ عن الكل عند محمد، وعند أبي يوسف تجوز البراءة عن النصف ولا يجوز عن النصف، فإن جعل الأجرة عبدًا وسلمه فأعتقه الأخر ثم انهدمت الدار فعلى المعتق قيمة العبد؛ لأنه أعتق ما يملكه؛ لأن الأجرة تملك بالتعجيل وقد فسدت الإجارة؛ لأن أحد البدلين وهو العبد قائم معنى؛ لأنه فات إلى خلفٍ وهو القيمة، والمعاوضة تفسد بهلاك أحد العوضين ولا تنتقض كما في بيع العرض بالعرض فلزمه رد العبد وقد عجز عن رده فلزمه رد قيمته كمن اشترى عبدًا بثوب فأعتق العبد ولم يسلم الثور حتى هلك في يده فعليه قيمة العبد فكذا هذا.

وإن لم يقبض العبد وسكن الدار شهرًا ثم أعتقا يجوز عتق رب الدار بقدر أجر شهر وعتق المستأجر فيما بقي تنتقض الإجارة؛ لأن بقدر أجر شهر صار ملكًا لرب الدار وبقي الباقي على ملك المستأجر.

ولو استكمل السكنى قبل قبض العبد فمات العبد أو استحق كان عليه أجر مثلها بالغًا ما بلغ، وفي الإجارة الفاسدة يجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى.

والفرق بينهما أن المنافع إنما تتقوّم بالعقد وهنا استوفى المنفعة بحكم عقد جائز؛ لأن العقد كان جائزًا حالة الاستيفاء في الشهر، وإنما فسد من بعد فصار المستوفى متقومًا من كل وجه فيجب قيمته بالغة ما بلغت، ومتى كانت الإجارة فاسدة من الأصل فالعقد ضعيف لفسادها بوجود من وجه دون وجه فثبت التقوم من وجه بقدر المسمى ولم تثبت فيما زاد على المسمى فاعتبرت الزيادة على المسمى مستوفاة بغير عقد وتجوز الحوالة والكفالة بالأجرة أنه؛ لأنه يتضمن ذلك اشتراط التعجيل عند محمد، وأما عند أبي يوسف لأن الرهن والكفالة وثيقتان والتوثيق بدين سيجب جائز كما لو رهن بالثمن في البيع بشرط الخيار.

ولو استأجر دارًا وسكن فاستحقت فالأجرة للآجر ويتصدق بها؛ لأنه ظهر أن المؤاجر كان غاصبًا للدار أجرها والغاصب إذا أجر المغصوب فالأجر له.

وإذا وجد المؤاجر بالأجرة عيبًا فإن كانت عينًا كثوب ادعى فيه العيب فالقول للمستأجر؛ لأن الأجرة للعين بمنزلة المبيع للعين.

وإن كانت دينًا، بأن كانت الأجرة عشرة دراهم أو كر حنطة دين فأقر أنه قبض العشرة أو الحنطة ثم ادعى العيب تقبل؛ لأنه لم يقر باستيفاء حقه، وإنما أقر بقبض الدراهم لا غير.

ولو قال: قبضت من أجرة الدار عشرة أو كري حنطة لا يصدق؛ لأنه أقر بقبض الأجرة والأجر سلم عن العيب فيكون ذلك إقرارًا بقبض حقه. والله أعلم.

(باب تسليم المستأجر)

وتسليم المعقود عليه في الإجارة هو التمكين من الانتفاع به؛ لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فيقام التمكين من الانتفاع مقامه وذلك تسليم المحل إليه بحيث لا مانع من الانتفاع به، فإن عرض في المدة ما يمنع الانتفاع كما لو غصب الدار من المستأجر أو عرفت الدار المستأجرة أو انقطع عنها الشرب أو مرض العبد أو أبق سقطت الأجرة بقدر ذلك؛ لأن العقد يتجدد في كل ساعة فيلزمه التسليم حالًا فحالًا وقد مات التسليم لفوات الثمن من الانتفاع فيصبح العقد بقدره.

ولو استأجر دارًا سنة فلم يسلمه الأجر حتى مضى شهر لم يكن لأحدهما الامتناع من التسليم والتسليم في الباقي؛ لأن الإجارة عقد واحد حقيقة لكنها عقود متفرقة مضافة إلى ما يوجد من المنفعة ينعقد كل عقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فلا يفوت بعض المعقود عليه فلا يتخير في قبض الباقي، من مشايخنا من قال هذا إذا لم يكن في مدة الإجارة وقت يرغب في الإجارة لأجله، فإن كان في المدة وقت يرغب في الإجارة لأجله زيادة عنه كحانوت يستأجر سنة لحركة السوق ورواجه في بعض السنة أو دار بمكة تستأجر سنة لأجل أيام الموسم فلم تسلّم في الوقت الذي يرغب لأجله، فإنه يتخير في قبض الباقي كما في البيع؛ لأنه فات عرضه من هذا العقد ويتضرر بالجبر على قبض الباقي فجعلت الإجارة هنا صفقة واحدة كما هو الحقيقة دفعًا للضرر عنه كما في البيع، فإن سلمها الاثنان

رفع عنه من الأجر بحسابه؛ لأنه فات بفعل الأجر وله حصة من الأجر فسقط بحصته من الأجر كما في بيع العين، وإذا عمل المستأجر، فإن كان لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار وما أشبهه فله حبسه بالأجرة.

وإن ضاع فلا ضمان عليه ولا أجر له وقال زفر: ليس له حق الحبس، فإن لم يكن لعمله أثر في العين كالحمل والغسل لا يملك حبسه بالأجرة، ولو حبس صار غاصبًا، فإن ضاع فله الأجر بالإجماع لزفر أن المعقود وقع مسلمًا إلى الآخر لاتصاله بملكه اتصالًا لا يمكن فصله فلا يستحق الآخر حبسه.

لنا: أن العمل الذي له أثر يتصور حبسه يحبس أصله وأنه لم يقع مسلمًا إلى المالك؛ لأن العامل إذا قصد بما صنع إقامة العمل لا التسليم إليه فلا يصير العمل مسلمًا فيستحق الحبس كما في بيع العين وتصير العين مانعة للعمل هاهنا ضرورة ثبوت القدرة على الحبس بخلاف ما إذا لم يكن لعمله أثر؛ لأنه لا يتصور حبسه؛ لأنه لم يوجد وصف قائم بالعين ليمكنه حبسه بحبس محله بخلاف ما لو رد آنفًا حيث يحبسه للجعل، وإن كان لا أثر لعمله؛ لأنه لما رد عينًا كان على شرف الهلاك صار ذلك بمنزلة إحياء العين وتمليكه فملك حبس العين كأنه باعه فلم يوجد هنا إحياء العين ولا وصف قائم به ولا يملك حبسه وإذا استحق الحبس كان العين أمانة عنده عند أبي حنيفة كما قيل الحبس وتبطل الأجرة بهلاكه، كما لو هلك المبيع في يد البائع وعندهما كانت مضمونة. رجل استأجر رجلًا شهرًا يعمل له عملًا مسمى بأجر معلوم ثم قال له بلغ هذا الكتاب موضع كذا ولك درهم لا يكون له أجران وله درهم واحد؛ لأنه يصير كأنه فاسخه الإجارة في قدر ما يبلغ الكتاب، فإذا بلغ الكتاب ورجع عاد إلى الإجارة.

(**الجامع**): الوكيل بالاستئجار استأجر وقبض ومنع الآمر حتى انقضت المدة فالأجر على الوكيل ويرجع به على الموكل كما في الشراء؛ لأن الوكيل بالاستئجار والوكيل بالشراء يثبت حقوق العقد له ويجب عليه، فالوكيل بالشراء لو حبس المبيع من موكله وليس له حق الحبس بأن كان اشتراه بثمن مؤجل وهلك في يده يرجع بالثمن على الموكل، فكذا الوكيل بالاستئجار؛ لأن الآمر صار قابضًا للدار بقبض

الوكيل حكمًا؛ لأنه نائب عنه في القبض فلا يسقط الأجر عن الموكل متى بلغت المنافع في يد الوكيل بعدما حبس عن الموكل؛ لأن هلاك المعقود عليه بعد قبض العاقد فالآمر لا يسقط البدل، ولهذا لو انهدم شيء من الدار لسكنى الوكيل لا يضمن؛ لأنه لا يمكن أن يجعل الوكيل غاصبًا الدار من صاحب الدار وله حق القبض ولا يمنع الآمر من الانتفاع كما لو منع المالك عن ماله حتى ضاع لا يصير غاصبًا، فإن استأجر بشرط تعجيل الأجرة لزم المستأجر ولم يرجع على الآمر؛ لأن له حق المنع والحبس بالأجرة إذا كانت الأجرة معجلة بحق العقد فصار كالمالك في حكم ضمانه.

ولو كان مالكًا استأجر ثم أجر وحبس كان مضمونًا عليه فكذلك الوكيل بالاستئجار صار كأنه استأجر لنفسه ثم أجر من موكله بشرط تعجيل الأجرة ثم منع الدار منه حتى مضت المدة لم يكن له على الموكل أجرة انتهى.

(باب انتقاض العمل في الإجارة)

عن محمد رحمه الله: في الخياط إذا خاطه بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط؛ لأنه تلف قبل التسليم فسقط البدل، ولا يجبر الخياط على أن يعيد عمله؛ لأنه قد فرغ من العمل المعقود عليه وقد هلك فلا يجبر ثانيًا على العمل، فإن كان الخياط هو الذي فتقه فعليه أن يعيده؛ لأنه لما فتق فقد نقض العمل فيصير كأنه لم يعمل.

فأما في حق الأجنبي لا يمكن أن يجعل فتقه ونقضه كأنه لم يعمل، ألا ترى أنه يلزمه الضمان، وفي الخياط لا يلزمه، وكذلك الملاح إذا حمل الطعام إلى موضع فرد السفينة إنسان فلا أجر للملاح وليس عليه أن يعيد السفينة، فإن ردها الملاح بنفسه لزمه إعادة الحمل إلى الموضع المشروط عليه، فإن كان الموضع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فعلى الملاح أن يستلمه في موضع يقدر على قبضه ويكون له أجر مثله فيما سار؛ لأنه أمكن صون ماله مع مراعاة حق صاحب السفينة بإيجاب أجر المثل له وهذا كمن استأجر سفينة مدة معلومة فانقضت المدة في وسط البحر، فإنه يترك السفينة في يده بأجر المثل.

ولو اكترى سفينة إلى موضع يحمل فيها طعامًا فلما بلغت السفينة الموضع أو بعض الطريق ضربتها الريح وردتها إلى الموضع الذي اشتراها.

قال محمد: إن لم يكن المكتري معها فلا كراء عليه؛ لأنه انتقض الحمل بالرد فلم يستوف المعقود عليه بنفسه فلا يلزمه البدل، وإن كان معها فعليه الكراء بقدر ما سار؛ لأنه استوفى المعقود عليه بنفسه، وكذلك إن اكترى نعلًا إلى موضع فركبه فلما سار بعض الطريق جمح به فرده إلى موضعه الذي خرج منه فعليه من الأجر بقدر ما سار؛ لأنه صار مستوفيًا للمنفعة بنفسه ولا يسقط عنه البدل بعد التسليم.

هشام عن محمد: رجل تكارى سفينة ليذهب فيها إلى موضع فيحمل كذى ويجيء به فذهب بالسفينة فلم يجد الذي أمر بنقلانه فرجع قال يلزمه كراء السفينة في الذهاب فارغة، فإن قال أكريتها منك على أن تحمل لي طعامًا إلى هاهنا من موضع كذا فلم يجد الطعام فلا شيء من الكراء.

(**الجامع الصغير**): استأجره ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله وهم معلومون، فوجد بعضهم قد ماتوا، فجاء بمن بقي فله الأجر بحساب ذلك؛ لأن المعقود عليه هو الحمل فيسقط من الأجر بقدر ما لم يوف من العمل.

ولو استأجره ليذهب [كتاب](1) إلى فلان [ما](2) بالبصرة ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلانًا غائبًا أو ميتًا، فإن ترك الكتاب ثمة ليوصل إليه إذا حضر الغائب أو إلى ورثته إن كان ميتًا فله الأجر في الذهاب؛ لأنه أتى بأقصى ما في وسعه؛ لأنه مأمور بالإيصال ولا وسع له في الإيصال بأبلغ من هذا إذا لم يجد الموصل إليه، وإن رد الكتاب فلا أجر له عندهما، وعند محمد له أجر الذهاب.

ولو استأجره ليحمل طعامًا إلى فلان فذهب فوجد فلانًا ميتًا فرده فلا أجر له بالإجماع.

لمحمد: في الفرق بين المثلين أن نقل الطعام عمل يقابل به الأجر لما في تحصيله من المشقة وقد نقضه بالرد، فأما حمل الكتاب فليس بعمل يقابل به الأجر؛

(١) ما بين المعكوفتين في (س): بكتابه.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (س).

لأنه ليس بمتقوم لأنه ليس له حمل ومؤنة، وإنما يقابل بقطع المسافة وقطع المسافة في الذهاب وقع له.

لهما: أن المقصود نقل الكتاب إلى فلان لا قطع المسافة؛ لأن المقصود تحصيل العلم للمحمول إليه فلا يحصل العلم له إلا بنقل الكتاب والأجر يقابل بالمقصود، فإذا عاد بالكتاب فقد بعض العمل الذي يقابل به الأجرة فيسقط البدل كمسألة الطعام، فأما إذا ترك الكتاب ثمة فقد وجد النقل ولم ينتقض بالرد فيستحق أجرة الذهاب، وكذا لو استأجر رسولًا ليبلغ رسالته إلى فلان ببغداد فلم يجد فلانًا وعاد فله الأجر؛ لأن الأجر يقابل قطع المسافة؛ لأنه في وسعه، فأما الإجماع فليس في وسعه فلا يقابله الأجرة.

(باب إجارة العقار)

استأجر دارًا ولم يسم من يسكنها جاز استحسانًا، وله أن يسكنها ويسكن غيره ويضع فيها ما بدا له من النبات والحيوان، ويعمل ما يريد إلا ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحانة. وفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر أرضًا للزراعة لم يجز حتى يسمي ما يزرع فيها، والفرق أن منافع السكنى غير متفاوتة إذا لم يكن فيها ما يوهن البناء؛ لأن الانتفاع المعتاد المتعارف فيما بين الناس بالعقار انتفاع لا يوهن البناء ولا يضر به، فصارت المنافع معلومة عرفًا، فانصرف مطلق العقد إليه وما يوهن البناء صار مستثنى عنه عرفًا؛ لأن المالك لم يرض بالسكنى على وجه يوهن بالبناء، فأما منافع الزراعة مختلفة؛ لأن منها ما هو أضر بالأرض من غيرها، فلم يجز العقد مع الجهالة وله أن يربط فيها دابته؛ لأنه من مرافق السكنى. قالوا: هذا إذا كان في الدار سعة، وإن كان فيها ضيق لا يكون له ربط الدابة فيها، لأنها لا تصلح لذلك.

ولو استأجر بيتًا ليُقعد فيه قصَّارًا فأراد أن يُقعد حدادًا جاز إن كانت مضرتهما واحدة، أو مضرة الحداد أقل، فإن كانت أكبر فلا وكذلك الرحا؛ لأن المالك رضي بمنفعة سكنى تضر بالبناء وتوهن به، فإذا لم يكن في ذلك زيادة ضرر لم يرض لها الأجر لم يمنع من ذلك؛ لأن منفعة السكنى متحدة وصفته مختلفة فتكون العبرة في ذلك للضرر، فإذا لم يتفاوت الضرر لم يمنع الجواز.

ولو استأجرها على أن [يسكنها](١) وحده فله أن يترك امرأته ودوابه؛ لأن هذا شرط لا فائدة فيه ولا منفعة، فإن سكنى غيره مما لا يضر بالدار فكان شرطًا صائغًا وجوده وعدمه بمنزلة، كما لو اشترى دارًا بشرط أن لا تسكن. استأجر دارًا على أن لا يسكنها فهو فاسد لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد ولأحدهما فيه منفعة وهو الأجر؛ لأن المستأجر إذا لم يسكن، فإنه لا يمتلئ بئر الوضوء والمخرج، فإذا سكن يمتلئ وعلى الآجر تفريغها فيتضرر به، وكل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين يفسد العقد، فعلى هذا ينبغي أنه إذا شرط أنه يسكن هو وحده أن لا يجوز؛ لأنه متى أسكن مع نفسه غيره يمتلئ بئر البالوعة والمخرج أسرع مما لو سكن المستأجر وحده فيتضرر به الآجر فيكون الأجر في هذا الشرط نوع منفعة إلا أن موضوع تلك فيما إذا لم يكن في الدار بالوعة ولا بئر وضوء حتى لا يكون للآجر في أن يسكن غيره منفعة؛ لأنه لا يتضرر بإسكان غيره إذا كانت الحالة هذه؛ لأن كثرة السكان لا توهن بالبناء ولا تفسده. استأجر دارًا على أن يسكنها فلم يسكنها وجعل فيها حبوبًا فليس للآجر استردادها؛ لأن وضع الحبوب فيها من جملة السكنى الذي يرتفق الناس بها من الساكن وتوابعها. رجلان استأجرا منزلًا وشرطا فيما بينهما لا في أصل الإجارة أن يترك أحدهما أقصاه والآخر مقدمه فالإجارة صحيحة والشرط باطل؛ لأن العقد خلى عن الشرط المفسد إلا أن هذه مواضعة منهما على المهايأة ولكل واحد من الشريكين أن ينقض المهايأة لما عرف.

فأما إذا شرطا ذلك في العقد هل يفسد؟ قيل: يفسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ويخالف موجبه؛ لأن المهايأة على هذا الوجه لا يقتضيه العقد، ولأحدهما فيه منفعة فيفسد العقد، وقيل: لا يفسد؛ لأن ذلك يكون اشتراطًا على المالك أن يؤاجر من كل واحد منهما مقامًا معينًا فيصير كأن الأجر مال أحرز من هذا مقدمه بكذا ومن الآخر مؤخره بكذا فيصير كل واحد مستأجرًا من المالك ما عين ولو نصًا على ذلك كان جائزًا فكذلك إذا طلبا بالشرط. والله تعالى أعلم.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): ينزلها.

(إجارة الأعيان والأمتعة)

استأجر ثوبًا ليلبسه يومًا ليس له أن يلبس غيره، فإن لبس فهو غاصب ولا أجر عليه؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس فاحشًا، فإنّ لبس القصاب ليس كلبس البزاز كما في الركوب بخلاف الدار إذا سكنها قصارة وسلمت تحت الآجر، فأما اللبس في نفسه مختلف لتفاحش التفاوت بين الاثنين فلتفاحش التفاوت ألحق جنسين مختلفين فانعقدت الإجارة على لبسه خاصة فلم يصر مستوفيًا المعقود عليه بلبس غيره فلم يجب الأجر، فإن لم يسم من يلبس فالإجارة فاسدة؛ لأن اللبس لما كان متفاوتًا تفاوتًا حسنًا فجهالة من يلبس يوقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسليم بأن لبسه في هذه المسألة أو ألبسه غيره فعليه الأجر؛ لأن العقد وقع على مطلق اللبس، فإنه يتناول لبسه ولبس غيره فيكون الداخل تحت العقد لبس أحدهما؛ لأن استيفاءهما جميعًا في مدة واحدة متعدد كما لو استأجر رجلًا يومًا للعمل كان الداخل تحت العقد عمل واحد؛ لأن استيفاء الأعمال كلها متعدد فكذا هذا فأيهما ما تعين كان هو الداخل تحت العقد، فإذا لبسه غيره فقد تعين المعقود عليه حالة العقد؛ لأن الإجارة يتحدد انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، ومتى تعين المعقود عليه حالة العقد فقد زال المفسد فيعود جائزًا، ولذلك لو تكاري دابة ليركب عليها أو يحمل عليها ولم يبين من يركب وما يحمل ثم حمل شيئًا أو ركب هو أو غيره يعود جائزًا. مضت مدة اللبس ولم يلبس لزمه الأجر؛ لأنه تمكّن من استيفاء المعقود عليه وهو اللبس فيلزمه الأجر كما لو استأجر دابة ليركبها يومًا فجلس في منزله ولم يركبها فعليه الأجر كاملًا؛ لأنه استوفى المعقود عليه وهو اللبس، وإن اتزر به ضمنه إن تخرق وإن سلم فعليه الأجر؛ لأن الاتزار به في إفساد الثوب فوق اللبس. قميصًا وقد أذن له بلبس القميص، فإذا استوفي الزيادة صار ضامنًا.

فأما الارتداء في إفساد الثوب دون لبسه قميصًا أو مثله فكان مأذونًا به. استأجر درعًا، فإنه يلبسه في النهار وفي أول الليل وآخره ولا ينام فيه؛ لأن العرف فيما بين الناس أنهم لا يلبسون ثوب الصيانة والتجمل والتزيين فيما بين طرفي النهار بل

ينزعون ويخلعون عنه، والثابت عرفًا كالثابت شرطًا فصار اللبس فيما بين طرفي الليل مستثنى عن الإجارة عرفًا.

فأما إذا كان الثوب ثوب بذلة ومهنة فله أن يلبس الليالي كلها؛ لأن اللفظ بإطلاقه تناول الليالي كلها؛ لأن الأيام ذكرت هنا باسم الجمع فيتناول ما بإزائها من الليالي ولم يثبت الاستثناء عرفًا؛ لأن العرف في ثياب البذلة أنهم لا ينزعون فوجب العمل بعموم اللفظ، فإن نامت فيه وتخرق لا من النوم لا ضمان عليها، فإن تخرق من النوم فهي ضامنة لأنها كانت غاصبة وليس عليها أجر تلك الساعة وعليها أجر ما قبلها وما بعدها إلا أنه استوفاها بحكم الإجارة؛ لأنه لما انتهت فقد تركت الخلاف وعقد الإجارة قائم فيعود أمينًا وتكون مستوفية المنفعة بحكم الإجارة.

فأما حال لبسها نائمة كانت غاصبة ويد الإجارة زائلة؛ لأن تلك الساعة لم تدخل تحت الإجارة فلم تصر مستوفية بحكم الإجارة، وإن كان ثوب بذلة ومهنة كان لها اللبس حال النوم؛ لأن ثوب البذلة يلبس حال النوم عادة كما يلبس حالة اليقظة فلم يصر مستثنى عن الإجارة لا عرفًا ولا شرطًا، فإن سلم فعليها الأجر كله ولو لبسته جارتها بغير إذنها فلا ضمان عليها؛ لأنه لم توجد منها الجناية ويجوز استئجار الميزان والمكيال والسرج ولا يدفعه إلى غيره للركوب؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب كما في اللبس واستئجار الألف جائز وخطته وخطة غيره سواء؛ لأنه لا تتفاوت بينهما، ويجوز استئجار الحلي للمرأة ولا تلبسه غيرها؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الحلي كما يتفاوتون في لبس الثوب. استأجر سيرًا وقتًا معلومًا جاز؛ لأنه استأجر ما يمكن الانتفاع به وبقاء عينه والمعقود عليه معلوم ببيان المدة فجاز.

(فصل)

استأجر قُبَّة لينصبها في بيته شهرًا فنصب في الشمس أو المطر وإن نصبها يضمن؛ لأن النصب في الشمس والمطر مستثنى من الإجارة عرفًا؛ لأنه يضر بالفئة فصار كما لو كان مستثنى شرطًا إلا إذا سلمت فعليه الأجر وله أن ينصبها في دار

أخرى في المصر؛ لأن الدارين في مصر واحد سواء في حق إلحاق مؤنة الرد بالمالك، ولو أخرجها إلى السواد يضمن؛ لأن الانتفاع بها خارج المصر مما يلحق بالمالك ضررًا كبيرًا وهو مؤنة الرد، فإن مؤنة الرد على الآجر، وإنما تربى مؤنة الرد على الأجرة وبالانتفاع بها في المصر لا يلحقه هذا الضرر، وكان بين الانتفاعين تفاوت فاحش فلم يتناول العقد الانتفاع خارج المصر، فقد استوفى ما لم يتناوله العقد فلم يلزمه الأجر، ومؤنة رد المستأجر على رب المال؛ لأنه اعتاض عنه.

استأجر الفسطاط إلى مكة ذاهبًا وجائيًا ولم يبين متى يخرج ففاسد قياسًا لجهالة وقت الخروج وجائز استحسانًا ويخرج كما يخرج الناس؛ لأن وقت خروج الحاج معلوم عرفًا، والمعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا، وليس له أن يدفع إلى غيره عند أبي يوسف، وقال محمد: له ذلك؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى، ألا ترى أنه إذا أخرج الفسطاط مع نفسه كان له أن يسكن غيره، والتفاوت في النقل والتحويل والنصب والقلع تفاوت يسير فلا يعتبر فلا يمنع جواز الإجارة، كما لو استأجر عبدًا ليخدمه في طريق مكة كان له أن يؤاجر من غيره. لأبي يوسف أن الناس يتفاوتون في نقل الفسطاط والخيمة، وفي نصبه وقلعه تفاوتًا فاحشًا فرب إنسان ينقله شهورًا ولا يفسده لمعرفته وهدايته بنصبه وقلعه فصار كالملبوس والمركوب بخلاف العبد؛ لأن ما يلحق به من الزيادة من التعب ومشقة بنقل الثاني وتحويله يمكنه دفع ذلك بنفسه؛ لأنه حافظ نفسه، ولو لم يستطع نصبه لانقطاع أطنابه أو انكسار عموده فلا أجر عليه، وفي الوتد يجب الأجر لأن الوتد يكون من قبل المستأجر عرفًا. فأما الأطناب والعمود من قبل الآخر فإذا انقطعت وانكسرت فقد عجز عن الانتفاع فتسقط الأجرة بقدره كما لو انقطع الماء في إجارة الرحى، ولو اسود بالسراج أو بإيقاد النار إن كان فعل ما يفعله الناس لا يضمن؛ لأن هذا القدر داخل تحت الإجارة عرفًا؛ لأنه لا بد للساكن من السراج في أوقات الظلام للضياء وكذلك الوقود لا بد منه في أوقات البرد والطبخ والخبز إلا إن شرط أن لا يوقد ولا يسرج فيضمن إن فعل، وإن جاوز المعروف ضمن؛ لأنه حصل بغير إذن المالك، وإذا انقطعت أطنابه يصنعها من عنده ونصبه فعليه الأجر كله ويمسك الأطناب؛ لأنه

استوفى منفعة السكنى والسكنى إنما تكون بالفسطاط لا بالأطناب، وإن كان لا يتوصل إلى السكنى إلا بها إلا أن الأطناب تبع للفسطاط، فإنه لا تقع بها السكنى والأجر لا يقابل البيع فيكون كله بإزاء منفعة الفسطاط كما لو استأجر رحى الماء فانقطع ماؤه وتكلف لإجراء الماء فعليه الأجر كله فكذا هذا. استكرى فسطاطًا يخرجه إلى مكة فخلفه في الكوفة حتى رجع يضمن ولا كراء؛ لأنه خالف حين خلف؛ لأنه أمسكه في موضع لم يأذن له بالإمساك، فإن المالك رضي بإمساكها على وجه يجب الأجر ولا أجر عليه لهذا الإمساك؛ لأنه لم يمسكها في المكان الذي أضيف إليه العقد فيصير غاصبًا كما إذا استأجر دابة إلى مكة فأمسكها بالكوفة حتى رجع ضمن ولا أجر عليه فكذا هذا. والقول للآجر مع يمينه على علمه؛ لأن اختلافهما وقع في التسليم في المكان الذي أضيف إليه العقد فيكون القول له؛ لأن الظاهر يشهد له والرد على المستأجر؛ لأنه بمنزلة الغاصب. تكارى الفسطاط إلى مكة ذاهبًا وجائيًا فخلفه بمكة فعليه الأجر ذاهبًا وهو ضامن لقيمة الفسطاط يوم خلفه والفسطاط له؛ لأنه أمسكه في موضع لم يؤذن له بالإمساك فيه فيصير ضامنًا، فإن لم يختصما حتى حج من قابل ورجع بالفسطاط فلا أجر عليه في الرجعة؛ لأن العقد تناوله في العام الماضي لا في العام القابل.

(باب الأوقات التي تقع عليها الإجارة)

الإجارة نوعان: إما أن تكون معقودة للحال، أو مضافة إلى زمان في المستقبل.

والمعقودة للحال نوعان: مؤقتة، ومطلقة.

أما المؤقتة: فهي ما إذا استأجر شهرًا أو شهورًا معلومة إن وقعت الإجارة في أول الشهر تعتبر بالأهلة، وإن وقعت في خلال الشهر فعند أبي حنيفة تعتبر بالأيام كل شهر ثلاثون يومًا، وعندهما يتم الشهر الأول بالشهر الآخر بالأيام، وتعتبر فيما بينهما بالأهلة وقد مرّت في كتاب العدة.

وأما المطلقة: وهي الإجارة الطويلة فهي نوعان:

أحدهما: لو أجر كل شهر بكذا لزمت الإجارة في الشهر الأول ولكل واحد

بعضها رأس الشهر، فإن سكنها من الشهر الثاني يومًا لزمه وليس لأحدهما بعضها، واختلف مشايخنا في جواز هذه الإجارة في الشهر الثاني وفي كيفية ثبوت الخيار لهما في كيفية إمكان الفسخ وفي صحة فسخ أحدهما بغير محضر الآخر.

أما الأول: قبل الإجارة في الشهر الأول جائزة وفيما عداه في الحال فاسدة ثم انقلبت جائزة بدخول كل شهر، والصحيح أن الإجارة في كلٍّ جائزة، وإطلاق محمد الإجارة جائزة تدل على هذا؛ لأن كلمة كل تناولت كل شهر لأن كلمة كل تعم الأسماء وتنظمها. وابتداؤه وانتهاؤه معلوم فكما جاء العقد في الشهر الأول جاز فيما عداه.

وأما الثاني: قيل إنما ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما؛ لأن الإجارة في الشهر مضافة إلى وقت في المستقبل ولكل واحد فسخ الإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل.

والصحيح أن الإجارة في كل شهر مرسلة منجزة غير مضافة إلا إن ثبت الخيار لكل واحد رأس كل شهر لنوع ضرورة وهي نفي الضرورة؛ لأنه لو لم يثبت خيار الفسخ رأس كل شهر لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤاجر معنى؛ لأنه لا يملك السكنى ولا يملك بيعه ولا هبته أبد الدهر؛ لأنه لا نهاية لجملة الشهور فلهذه الضرورة استثناء ولأنه الفسخ لكل واحد ليتعامل الناس.

وأما الثالث: وهي كيفية الفسخ، فإن رأس الشهر عبارة عن الساعة التي يهلّ فيها الهلال وكلما أهلّ الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن نقضها، ثم قيل: يقول قبل مضي الشهر فسخت هذه الإجارة فيتوقف الفسخ على انقضاء الشهر، فإذا انقضى الشهر بعد نفذ ويجوز أن يتوقف نفاذ الفسخ على وقت كما إذا اشترى عبدًا على أنه بالخيار فَحُمَّ العبد وفسخ يتوقف الفسخ بحكم الخيار إلى أن تزول الحمى، وكذا رب المال إذا فسخ المضاربة ومال المضاربة كان عروضًا يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة ناضًّا وقيل يقول: إذا انقضى الشهر فقد فاسختك الإجارة؛ لأنه يصح إضافة الإجارة إلى وقت في المستقبل فكذلك الفسخ اعتبارًا للفسخ بالعقد.

وأما الرابع: لو فسخ أحدهما الإجارة بغير محضر صاحبه قيل: لا يصح عندهما

خلافًا لأبـي يوسف كما في خيــار الشرط، وقيــل: لا يصــح في قولهم جميعًا، فأبو يوسف يحتاج إلى الفرق بين الإجارة وبين خيار الشرط، والفرق أن الشروط إنما تملك الفسخ بغير محضر صاحبه؛ لأنه مسلط على الفسخ من جهته فصار كالوكيل بالبيع، وهنا كل واحد منهما غير مسلط على الفسخ من جهة صاحبه، بل هو مسلط على الانتفاع من جهة صاحبه، وإنما بثبت الخيار لنوع ضرورة فصار كما لو ثبت له حق الفسخ بسائر الأعذار وفي سائر الأعذار لا يصح الفسخ إلا بمحضر صاحبه فكذا هذا.

وأما الثاني من الإجارة الطويلة التي يفعلها الناس في بعض البلاد أنهم يؤاجرون الدار والأرض ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة وتجعل للتسعة وعشرين سنة أجرًا قليلًا وبقية الأجر للسنة الأخيرة، ثم قبل هذه الإجارة لا يجوز عند أبي حنيفة لأنها إجارة واحدة شرط فيها الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وهذا يفسد الإجارة كما في البيع، والصحيح أنه يجوز بالإجماع؛ لأن هذا ليس بشرط الخيار في الإجارة بل هذا استثناء ثلاثة أيام في آخر كل سنة عن الإجارة على أن هذه الأيام لم تدخل في هذه الإجارة ولم يثبت حكم الإجارة في هذه الأيام المستثناة، وهذا لا يفسد الإجارة كما لو أجر هذه الدار عشر سنين إلا السنة الثانية أو الثالثة جاز فكذا هذا.

والإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل بأن قال في شهر رمضان أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة محرم يجوز، وعند الشافعي لا يجوز ما لم يكن أول المدة عقيب البيع بناء على أن عنده الإجارة تنعقد على المنافع الموجودة حكمًا، فإذا أضاف إلى زمان في المستقبل فقد أضاف إلى منافع ستوجد في المستقبل فلا تصح، وعندنا العقد ينعقد فيما بين المتعاقدين للحال، وفي حق الحكم ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فلم يكن في الإضافة بغير مقتضى العقد فجاز.

ولو قال رجل: أجرتك داري هذه غدًا بدرهم ثم إنه أجرها اليوم من آخر إلى ثلاثة أيام ثم جاء الغد فللمستأجر الأول أن ينقض الإجارة في رواية وفي رواية ليس له ذلك لما مر في البيوع.

(المنتقى): قال أبو يوسف رجل استأجر من رجل حانوتًا كل شهر بثلاثة دراهم، فقال صاحب الحانوت بعدما مضى شهران: رضيت كل شهر بخمسة وإلا ففرغ الحانوت، فلم يفرغ وسكن فيه يجب عليه كل شهر خمسة دراهم؛ لأن سكناه برضائه دلالة كما لو ساوم البائع يومًا فقال: بعشرة، وقال المشتري: بتسعة، فإن سلم البائع إلى المشتري يكون البيع بتسعة؛ لأن تسلمه يكون رضا بتسعة، وإن أخذه المشتري منه يكون بعشرة؛ لأن الأخذ منه يكون رضاءً بالعشرة فكذا هذا، فإن قال المستأجر: لا أرضى بخمسة وسكنها لا يجب عليه إلا الأجر الأول.

وكذلك رجل رعى غنم رجل كل شهر بأجر مسمى فقال الراعي لصاحب الغنم: لا أرعى غنمك بعد هذا إلا أن تعطيني كل يوم درهمًا وسكت صاحب الغنم وترك غنمه مع غنم الراعي يجب عليه كل يوم درهم؛ لأن سكوته يكون رضا بما قال الراعي دلالة.

ورُوي عن محمد: رجل استأجر ثوبًا ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضت عليه ستون، ثم رده فعليه كل يوم دانق إلى الوقت الذي علم أنه لو لبسه لكان لا ينخرق، فإذا مضى وقت علم أنه لو كان لبسه لتخرق سقط عنه الأجر.

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

مسائله على قسمين: إما أن أفرد الإجارة على أحد شيئين وسمى لكل واحد أجرًا معلومًا، أو جمع بينهما في الإجارة وسمى لكل واحد أجرًا، فإن أوقع الإجارة على أحد شيئين فإن قال: أجرتك هذه الدار بكري أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا جاز، وكذلك بثلاثة أشياء ولم يجز ذلك في أربعة أشياء؛ لأنه تخيير بين عقدين مختلفين ببدلين معلومين فأيهما اختار يلزمه ببدل معلوم، ولا تقع المنازعة ولا يجوز فيما زاد على الثلاثة استدلالًا بالبيع؛ لأن الإجارة معاوضة بمنزلة البيع، فلما جاز التخيير بين ثلاثة أشياء في البيع فلأن يجوز في الإجارة وقد تسامح في الإجارة من يحمل الجهالة والخطر ما لا يتحمل في البيع أولى إلا أنه يفارقه من

وجه، وهو أنه تصح الإجارة في إحدى المنفعتين من غير شرط الخيار، ولم يصح في البيع إلا بشرط الخيار في رواية؛ لأن الأجرة لا تجب بالعقد، وإنما تجب باستيفاء المنافع، ومتى استوفى إحدى المنفعتين فقد صار المعقود عليه معلومًا فلا حاجة إلى الخيار حينئذ، وفي البيع الثمن يجب بنفس العقد والمبيع لا يصير معلومًا إلا بالاختيار فيفتقر إلى شرط الخيار.

وأما إذا جمع بين العملين في الإجارة بأن دفع ثوبًا إلى خياط فقال: إن خطته فارسيًا فلك درهم، وإن خطته روميًا فلك درهمان، أو قال لصباغ: إن صبغته بعصفر فلك درهم، وإن صبغته بزعفران فلك درهمان، جاز بالإجماع.

وكذلك لو قال: أجرتك هذه الدابة إلى الحيرة بدرهم، وإلى القادسية بدرهمين، جاز بالإجماع؛ لأن الأجر هنا لا يجب إلا بالعمل؛ لأن المعقود عليه نفس العمل والجهالة لا تبقى عند العمل، بل يصير الأجر معلومًا وقت العمل.

ولو أجر دارًا على أنه إن قعد فيها خياطًا فبدرهم، وإن قعد قصارًا أو حدادًا فبدرهمين جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز.

وكذلك لو استأجر دابة إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فنصف درهم، وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فعلى هذا الخلاف.

لهما: أن الأجر مجهول وقت الوجوب؛ لأن الأجر هنا يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري عند التسليم أي الأجرين يجب أجر الخياطة والقصارة بخلاف الفارسية والرومية؛ لأن الأجر لا يجب إلا بالعمل والعمل يجب معلوم حال وجوده فيكون الأجر معلومًا حال الوجوب. له: أن الأجرة معلومة وقت الوجوب؛ لأنه إن سكن عقب التسليم صارت الإجارة معلومة.

وإن ترك السكنى يجب أقل الأجرين وهو المقابل بأدنى العملين؛ لأنه متيقن الوجوب في الحالين؛ لأن الدرهم واجب قعد خياطًا أو حدادًا أو الزيادة عليه مشكوك فيها فلا يجب بالشك.

ولو أعطى يومًا خياطًا فقال إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك

نصف درهم فالأول صحيح، والثاني فاسد عند أبي حنيفة، وعندهما الشرطان صحيحان.

وعند زفر: كلاهما فاسدان مِن مَن جعل ذكر اليوم للتعجيل، والإضافة إلى الغد لِلتَّرْفِيهِ والتيسير لا للتعليق؛ لأن الإضافة تذكر لِلتَّرْفِيهِ عادة، فإذا لم يترفه فكان العقد الموجود في الغد موجودًا في اليوم، والعقد الموجود في اليوم موجود في الغد، فاجتمع في كل يوم عقدان بثمنين مختلفين درهم ونصف درهم فيفسد العقد.

لهما: أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة ولغيره مجاز والإضافة إلى الغد للتعليق حقيقة ولغيره لا وأثر التأقيت أن لا يبقى المؤقت بعد مضي الوقت، وأثر التعليق أن لا يكون موجودًا قبله فلا يجتمع في كل يوم عقدان فيصحان.

له: أن ذكر اليوم للتعجيل دلالة؛ لأن اليوم قد يذكر للاستعجال عادة وقد قامت هنا الدلالة على أنه أراد به الاستعجال وهو حط بعض الأجرة في الغد؛ لأن بعضًا من الأجرة لتأخير العمل فبان أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتأقيت والإضافة إلى الغد للتعليق؛ لأن المضاف إلى زمان معدوم للحال كالمعلق بالشرط في المآل فلا يكون موجودًا قبل الشرط فلا يجتمع في اليوم تسميتان فصح العقد، وإذا لم يعجل العمل كان العقد نافيا في الغد فاجتمع في الغد تسميتان متعارضتان فيفسد العقد، ولو خاطه في الغد، فإنه يجب أجر المثل لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وفي رواية عنه لا يزاد على نصف درهم؛ لأن الزيادة على نصف درهم زيادة على المسمى في الغد والزيادة على المسمى لا تستحق في الإجارة الفاسدة. وجه ظاهر الرواية: اجتمع في الغد تسميتان الأقصى والأدنى؛ لأن التسمية الأولى لا تنعدم لمجيء الغد وقد اعتبرت التسمية الأقصى لمنع الزيادة عليها فيجب أن يعتبر الأدنى لمنع النقصان عنه ليكون لكل واحد من التسميتين خطأ في تحديد أجر المثل، ولو خاطه في اليوم الثالث فالصحيح عند أبي حنيفة أنه لا يجاوز به نصف درهم؛ لأنه إذا لم يرض بتأخيره إلى الغد فأكثر من نصف درهم فإلى ما بعد الغد أولى، والصحيح عندهما أنه ينقص عن نصف درهم ولا يزاد عليه هذا إذا جمع بين اليوم والغد.

فأما إذا أفرد العقد على اليوم، فإن قال: إن خطته اليوم فلك درهم فخاطه في الغد هل يستحق الأجر عند أبي حنيفة؟ قيل: لا أجر له؛ لأن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة وللاستعجال مجازًا ولكن قامت الدلالة على المجاز حالة الإجماع، ولا دلالة حالة الانفراد فنفي للتأقيت حقيقة وقيل له الأجر؛ لأنه متى ذكر التأقيت مع العمل فاعتبار التأقيت إن كان لا ينفي العقد في الغد فاعتبار ذكر العمل يبقى إلى الغد؛ لأنه باعتبار ذكر العمل تكون الإجارة منعقدة على العمل والعقد كان ثابتًا فلا يرتفع بالشك إلا أنه اعتبر عقدًا فاسدًا؛ لأن ذكر التأقيت مع ذكر العمل مفسدة للإجارة لما تبين.

(النوادر) ولو قال: إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدًا فلا أجر لك، فإن خاطه في اليوم فله درهم، وإن خاطه في الغد فله أجر مثله لا يزاد على درهم بالإجماع؛ لأن الشرط الثاني فاسد؛ لأن نفي الأجر بتأخير الخياطة عن اليوم فاسد لما فيه من الخطر؛ لأنه لا يدري أنه توجد الخياطة في الغد ولا تجب الأجرة أو لا توجد فتجب الأجرة فتكون بمعنى القمار. ثم جعل ذلك إجارة في الغد لا استعانة منه؛ لأنه أسقط الأجر بعوض يحصل للخياط وهو منفعة التأخير فإن للخياط نوع منفعة في التأخير فتكون إسقاطًا لعوض لا مجانًا فيجعل إجارة فاسدة.

ولو استأجر يومًا بدرهم، فإن بدأ له كل يوم بدرهم فالإجارة فاسدة قياسًا؛ لأنه علق الإجارة فيما عدا اليوم الأول بالخطر؛ لأنه ربما يبدأ له وربما لا يبدأ له فصار كأنه قال: إن فعلت هذا فأجري منك، وفي الاستحسان جائزة؛ لأن الإجارة فيما عدا اليوم معلقة بالمشيئة والإرادة فيكون تفسيرًا للقبول؛ لأن القبول لا يكون إلا عن مشيئة فكأنه قال: أجرتك فيما عدا اليوم الأول إن قبلت، ولو صرح بهذا كان جائزًا ولا يكون تعليقًا بالخطر بل تمييزًا لِعقد، كما لو قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن سبق جاز فكذا هذا.

ولو دفع إلى خياط ثوبه للخياطة على أن يفرغ منه في يومه أو اكترى بعيرًا إلى مكة على أن يدخلها إلى عشرين ليلة ولم يرد على هذا فالإجارة جائزة، فإن وفى بالشرط فله المسمى، وإن لم يف فله أجر المثل لإيراده على المشروط؛ لأن ذكر اليوم هنا للاستعجال وهو مقصوده من هذا العقد فبقي العقد في الغد.

ولو استأجر دابة إلى الكوفة أيامًا معلومة أو استأجر خياطًا ليعمل له عمل خياطة اليوم أو استأجر خبازًا ليخبز له عشرة مخاتيم دقيق اليوم بدرهم تكون فاسدة عند أبي حنيفة وعندهما جائزة.

لهما: أن المقصود هو العمل فيحمل ذكر المدة على تعجيل العمل دون التأقيت تصحيحًا للعقد، فإذا لم يعمل في اليوم وفرغ من الغد يستحق الأجر كله.

له: أن المعقود عليه مجهول؛ لأن ذكر الوقت يدل على أن المعقود عليه المنفعة فإن المنافع تقدر بالأوقات دون العمل وذكر العمل يدل على المعقود عليه نفس العمل، وكل واحد منهما مقصود في نفسه؛ لأن أغراض الناس ورغباتهم في ذلك مختلفة فلا يرجح أحدهما على الآخر مع قيام التسوية في الرغبة من غير دليل، ولا يمكن الجمع بينهما، فكان المعقود عليه مجهولًا وجهالته مانعة جواز العقد، بخلاف ما لو استأجره للعمل على أن يفرغ منه اليوم جاز؛ لأنه ذكر اليوم هنا صفة للعمل وهي الفراغ في اليوم، وصفة العمل تبع للعمل ولا يصلح معقودًا عليه مقصودًا، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز فالكتابة والخبازة لا يكون مقصورًا عليه لأنها ذكرت صفة للعبد فكان تبعًا فكذا هذا.

(باب الإجارة الفاسدة)

كل جهالة تفسد البيع تفسد الإجارة؛ لأن الجهالة المتمثلة في البدل أو المبدل أو المدة تفضي إلى المنازعة فإنها مفسدة.

مسائله مشتملة على فصول:

فصل فيما لا يصلح بدلًا.

وفصل فيما يصلح مبدلًا.

وفصل فيما يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه.

(فصل)

ولو استأجر رجلًا ليطحن أو دابة ليطحن بها حنطة على أن يكون له قفيز من

ذلك الدقيق أو يعصر له سمسمًا ببعض ما يخرج من دهنه، أو استأجر دابة ليحمل عليها طعامًا بنصفه أو بقفيز منه لا يجوز؛ لأن النبي عليه السلام نهى عن قفيز الطحان وهو أن يخرج أجره قفيزًا مما طحن فكل ما كان بمعنى قفيز الطحان يكون حرامًا ولأنه جعل أجره شيئًا معدومًا؛ لأنه جعل أجره بعض الدقيق الذي يطحنه من هذه الحنطة أو بعض ما يخرج من عمله وذلك معدوم، ولو لم يقل من ذلك الدقيق ونحوه جاز؛ لأن الدقيق يصلح واجبًا في الذمة.

وكذلك لو دفع غزلًا إلى حائك لينسجه بالنصف لا يجوز والثوب لرب الغزل وللحائك أجر مثله. دفع أرضه ليغرس شجرًا أو كرمًا على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفان لم يجز، والشجر والكرم لرب الأرض وعليه قيمة الشجر والغرس وأجر ما عمل فيها ولا يؤمر بقلعه؛ لأن صاحب الأرض استأجر الغارس ليجعل أرضه بستانًا بأشجار من عنده ليكون أجره نصف البستان فقد جعل أجره بعض ما يخرج من عمله فيكون الأجر معدومًا حالة الإجارة فيكون بمعنى قفيز الطحان، ولأن هذه التسمية لو صحت يملك جزءًا من الأرض بجزءٍ من العمل فيصير عاملًا في شيء هو شريك فيه فكانت الإجارة فاسدة، وللغارس أجر مثل عمله في الإجارة الفاسدة، وعلى رب الأرض قيمة الأغراس؛ لأنه صار مستقرضًا للأغراس منه وقابضًا لذلك حكمًا باتصاله بملكه، واستقراض الأغراس لا يجوز فيكون قرضًا فاسدًا فيوجب الملك إذا اتصل به القبض، وهذا كما لو دفع غزلًا إلى حائك لينسجه بالنصف على أن يزيد رطلًا من غزل نفسه فينسج وزاد رطلًا من غزل نفسه فله أجر مثل عمله ويضمن صاحب الغزل للحائك رطلًا من غزله فكذا هذا، ولو كانا أكلا الغلة حسب من أجر الغارس ما أكل؛ لأنه ملك صاحب الأرض.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "**من السحت عسيب التيس وكسب الحجام ومهر البغي**".

أما عسيب التيس فهو استئجار التيس لينزو على غنمه وهذا لا يجوز خلافًا لمالك؛ لأن إنزاء العجل من غير أعلاق ولا فائدة للمستأجر فيه والأعلاق ليس في وسعه، ولو شرط الأعلاق فسدت الإجارة بالإجماع فخلت الإجارة عن الفائدة

وصار كما لو استأجر مهرًا صغيرًا لا يجوز، فأما عسيب التيس للإنزاء بغير أجر لا بأس به؛ لأن فيه بقاء النسل واتصال النتاج، فأما أخذ الأجرة عليه حرام.

ويجوز الاستئجار للحجامة وأخذ الأجرة عليها مباح والنهي الوارد عنه نهي إشفاق لما فيه من الدناءة؛ لأنه مستقذر عادة.

ومهر البغي هو أن يؤاجر أمته على الزنا فهذا حرام، وما أخذ من المهر فهو حرام عندهما.

وعند أبي حنيفة: إذا أخذ بغير عقد بأن زنى بأمة ثم أعطاها شيئًا فهو حرام؛ لأنه يصير أخذًا بغير حق، وإن استأجرها ليزني بها ثم أعطاها مهرها أو ما شرط لها فلا بأس بأكل ذلك؛ لأن في الإجارة الفاسدة إذا أخذ أجر المثل يطيب له، وإن كان السبب حرامًا فكذا هذا.

ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى، ولا الخدمة بالخدمة، ولا زراعة أرض بزراعة أرض خلافًا للشافعي، ويجوز خدمة العبد المعين بالركوب، والسكنى بالزراعة، فالمنفعة إذا قوبلت بجنسها لا يجوز عندنا وبغير جنسها جائز بالاتفاق بناء على أن المنافع معدومة حقيقة، وتقدير الاستحالة كون منفعة السنة كلها موجودة في ساعة واحدة، والعقد ينعقد ساعة بساعة وكانت المنفعة نساءً لا عينًا والجنس بانفراده يحرم النَّساء عندنا وعنده لا يحرم.

(فصل)

ولو استأجر نصيبًا أو مائة ذراع من عقار أو جريبًا من أرض لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز؛ لأن عنده لا يجوز بيع نصيب أو ذراع من الدار فكذلك الإجارة لأن المستأجَر مشاع مجهول، وعند أبي يوسف: يجوز بيع النصيب فكذلك الإجارة، وعند محمد: لا يجوز بيعه ويجوز إجارته.

والفرق بينهما أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة في حق المنافع، والأجرة تجب عند استيفاء المنفعة، وعند الاستيفاء النصيب معلوم بخلاف البيع، فإن الثمن يجب بالبيع والمبيع مجهول.

ولا يجوز إجارة الشجر على أن تكون الثمرة للمستأجر. وكذلك لو استأجر بقرًا أو شاة ليكون الولد أو اللبن له؛ لأنها عقدت على استحقاق العين وهي الثمرة والإجارة وضعت لاستحقاق المنفعة لا لاستحقاق العين.

(**الجامع**): ولو استأجر نخلًا أو شجرًا ليبسط عليه ثيابًا أو يشد به الدابة ذكر القدوري أنه يجوز، وإليه أشار محمد لأن الإجارة عقدت على منفعة محضة تتحقق من الأشجار مع بقاء العين، وذكر الكرخي في مختصره أنه لا يجوز؛ لأن هذه ليست بمنفعة مقصودة من الشجر، وعقد الإجارة حدد لمكان الحاجة، والحاجة إنما تتحقق من المنافع المقصودة، فإذا انعدمت الحاجة فيها بقي على أصل القياس.

(**الجامع**): ولو اشترى تمرًا من محل ثم استأجر النخيل حتى أدرك فهو باطل ولم يتصدق بالفضل؛ لأن استئجار النخيل باطل؛ لأن المنفعة الأصلية من النخلة إخراج الثمرة لابقاء الثمرة عليها، ولأن محل الإجارة المنفعة لا العين كما والمنفعة المطلوبة هنا زيادة الثمرة وأنها عين والإجارة لا تنعقد على العين كما لو استأجر شاة ليحلب لبنها أو ليخرصوها لا تنعقد فكذا هذا، فكان العقد مضافًا إلى غير محله فلغى وكان الفضل حاصلًا بالإذن لا يعقد فاسد فطاب له.

وكذلك لو اشترى أطراف الرطبة ثم استأجر الأرض لإبقاء الرطبة؛ لأن أصل الرطبة ليس على ملكه فلم يكن استئجارًا للأرض لإبقاء ملكه فيها.

ولو اشترى نخلًا أو قصبًا أو رطبة بأصلها ليقلعها، ثم استأجر الأرض مدة معلومة ليبقيها جاز؛ لأن لهما منفعة؛ لأن الحب والثمرة لا تتولدان من الأرض، ولكن منافع الأرض تحصيل الحب والثمر وهو التربية، فإن استأجر الأرض إلى أن يدرك لا يجوز ويتصدق بالفضل؛ لأن المحل قابل لعقد الإجارة فانعقدت إلا أنها فسدت بجهالة المدة فحصل له الفضل بعقد فاسد فيتصدق به.

(فصل)

(**المبسوط**): ولو استأجر أرضًا وفيها زرع أو كرم يمنع من الزراعة فهي فاسدة؛

لأنه أجر ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه وهو قلع الزرع والكرم، وإن قلع وسلمها إلى المستأجر جاز؛ لأنه زال المانع كما لو باع جذعًا في سقف ثم نزعه وسلمه حتى لو كان الزرع قد أدرك لا يضره حصاده جازت الإجارة ويؤمر بالحصاد كما لو أجر دارًا فيها متاع للمؤاجر يؤمر بتفريغها من المتاع فكذا هذا.

فإن مضى من مدة الإجارة شيء قبل أن يختصما ثم قبل الزرع، فالمستأجر بالخيار إن شاء قبضها ودفع عنه أجر ما لم يقبض، وإن شاء ترك؛ لأن المقصود من الأرض الزراعة وذلك يكون في وقت دون وقت، فإذا مضى بعض الوقت ولم تكن الأرض في يده أحيل المقصود فيتخير، بخلاف ما لو استأجر دارًا يسكنها فمنعه المؤاجر عن السكنى في بعض المدة يلزمه العقد في الباقي ولا خيار له؛ لأن المقصود هو السكنى فهو أنه في بعض المدة لا يوجب خللًا في سكنى الباقي.

دفع أرضه ليغرس شجرًا على أن تكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الأرض، وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل ولا يؤمر بقلعه؛ لأن صاحب الأرض استأجر الغارس ليجعل أرضه بستانًا بأشجار من عنده ليكون له أجره نصف البستان، وهذه الإجارة فاسدة، لأنه جعل أجره بعض ما يخرج من عمله، فلا يكون الأجر معلومًا حالة الإجارة فيكون بمعنى قفيز الطحان، ولأن هذه التسمية لو صحت يملك جزءًا من الأرض بجزء من العمل فيصير عاملًا في شيء هو فيه شريك، فكانت الإجارة فاسدة، وللغارس أجر مثل عمله في الإجارة الفاسدة، وعلى رب الأرض قيمة الأغراس لأنه صار مستقرضًا للأغراس منه وقابضًا لذلك حكمًا لاتصاله بأرضه واستقراض الأغراس لا يجوز فيكون قرضًا فاسدًا فيوجب الملك إذا اتصل به القبض.

وهذا كما لو دفع غزلًا إلى حايك لينسجه بالنصف على أن يزيد رطلًا من غزل نفسه فنسج وزاد رطلًا من غزل نفسه فله أجر مثل عمله، ويضمن صاحب الغزل للحايك رطلًا من غزله فكذا هذا.

ولو كانا أكلا الغلة حُسب من أجر الغارس ما أكل؛ لأنه ملك صاحب الأرض.

ولا يجوز إجارة المراعي والآجام وشرب من نهر، وكذلك لو نبت بإنباته أو

زرع قصيلًا في أرضه ثم أجّرها من آخر ليرعى غنمه لم يجز وعليه قيمة ما رعته غنمه؛ لأن الإجارة عقد على استحقاق العين؛ لأن الحشيش والكلأ والماء عين، والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة؛ لأنها وضعت لتمليك المنفعة لا لتمليك العين، فإذا رعى غنمه فقد استهلكها بحكم عقد فاسد فيضمن قيمتها.

ولو استأجر نهرًا ليصيد سمكًا أو حوضًا أو بركة ليسقي منه الماء لم يجز؛ لأن الإجارة وقعت على استحقاق العين مقصودًا فصار كما لو استأجر شاه ليحلب لبنها.

ولو استأجر نهرًا يابسًا ليجري فيه الماء إلى أرضه أو بالوعة ليصب فيها ماء وضوئه وقوله لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه إجراء الماء في كل النهر؛ لأن النهر لا يستمسك ذلك فلا بد من أن ينقص شيئًا وقدر ما ينقص مجهول فيصير الباقي مجهولًا.

وكذلك قدر ما يصب في البالوعة مجهول جهالة يوقعهما في المنازعة وجهالة المستأجر تفسد الإجارة، وكذا لو استأجر مسيل ماء يسيل ماء المطر على سطح المؤاجر؛ لأن ما يسيل مجهول يقل ويكثر لا يدري كم يأخذ الماء فلا بأس به.

وذكر هشام عن محمد: ولو استأجر النهر اليابس ولم يقل شيئًا ثم أجرى منه الماء فلا بأس به.

وعن محمد: لو استأجر موضع أرض معروف ليسال ماؤه فهو جائز؛ لأنه لما عيّن الموضع زالت الجهالة.

ولو استأجر ميزابًا مركبًا في الحائط ليسيل الماء فيه لم يجز لما ذكرنا، وكذلك لو استأجر نهرًا ليسقي منها غنمه أو بكرة حبله ودلوًا ليسقي بها غنمه لم يجز؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأنه إنما يصير معلومًا ببيان المدة أو قدر العمل ولم يوجد واحد منهما.

ولو استأجر الحائط ليضع عليه جذعًا أو يبني عليه سدة أو موضع وتد أو كوة يبقيها أو موضع ميزاب لا يجوز.

وقال الشافعي: يجوز إذا بيّن المدة.

والصحيح قولنا؛ لأنه استأجر الحائط لا غير والحائط اسم للبناء ولا يتناول ما حول الحائط من الأرض فلا يدخل ما حولها من الأرض تجب الإجارة وبدون ذلك لا يمكنه الانتفاع بالحائط؛ لأنه لا يمكنه البناء ووضع الجذوع وفتح الكوة إلا بالقيام على الأرض فقد استأجر ما لا ينتفع به فلا يجوز، ولهذا لا يجوز إجارة البناء ممن ليس له العرصة؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بمجرد البناء من غير أرض.

ولو استأجر طريقًا ليمر فيه أو علو منزل ليبني عليه لم يجز عند أبي حنيفة خلافًا لهما. لهما: أن الأرض الذي للعلو بمنزله أرض السفل.

ولو استأجر أرضًا للبناء عليها جاز، وإن كان قدر البناء مجهولًا فكذا هذا.

له: أن جهالة قدر البناء تضر بأرض العلو والضرر يتفاوت بكثرة البناء وقلّته فكانت جهالة قدر البناء مانعة جواز إجارة أرض العلو، فأما جهالة قدر البناء لا تضر بأرض السفل، فإنه لو قلّ البناء أو كثر لا يتضرر به رب الأرض فجاز استئجار رب الأرض للبناء مع الجهالة وفي إجارة الطريق المستأجر مشاع؛ لأن مروره لا يشغل جميع الطريق وإنما يشغل طائفة منه، وشيوع المستأجر يمنع جواز الإجارة عنده خلافًا لهما حتى لو بين مكانًا معلومًا جازت بالإجماع.

ولو استأجر ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد، وكذلك الدنانير وتبرهما وتبر النحاس ونحوه؛ لأن الإجارة عقدت على الأعيان، والإجارة تنعقد على المنافع دون الأعيان ويكون فرضًا؛ لأن الإجارة لما لم تصح بقي مجرد إذن بالانتفاع لينصرف بها ويرد عليه مثلها فصار كإعادة المكيل والموزون.

ولو استأجرها ليزن بها يومًا إلى الليل جاز أي بغيرها ميزانًا أو مكيالًا.

وقال الشافعي: لا يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأنها عقدت على منفعة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فصار كاستئجار الصنجاة.

ولو استأجر الدراهم والدنانير مطلقًا ولم يذكر العمل بها اختلفوا فيه: قيل: يجوز ويحمل على الانتفاع بهما من حيث الوزن بهما احتيالًا للجواز. وقيل: لا يجوز؛ لأن المنفعة المطلوبة منهما التصرف بهما؛ لأن الوزن بهما فعند الإطلاق

ينصرف مطلق الإجارة إليه، وعند التقيد بالوزن تنصرف إليه، ولا يجوز استئجار العبد بطعامه لأن الجرة مجهولة.

(فصل)

ولو استأجر امرأته للخدمة لم يجز؛ لأن خدمة الزوج مستحقة على المرأة ديانة لما فيها من حسن المعاشرة والسكن والازدواج؛ لأن السكن والازدواج والإجارة على ما كان مستحقًا على الأجير لا يجوز كما لو استأجرها للعمل للبيت من الخبز والطبخ ورضاع ولده منها.

ولو استأجرت المرأة زوجها للخدمة أو لرعاية الغنم جاز وله أن يفسخها ولا يخدمها في ظاهر الرواية.

وروى أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي عن أبي حنيفة: أنه باطل، وهكذا ذكر الحاكم في مختصره؛ لأن الزوج مالك وقوَّام عليها، وفي الاستخدام إذلال به فلا يجوز كالابن إذا استأجر أباه للخدمة. وجه ظاهر الرواية: أن خدمتها غير مستحقة عليه ومنافعه مملوكة فجازت الإجارة بهذا الاعتبار كما لو أجر نفسه من أخته وباعتبار أنه تلحقه المذلة والمذلة في الخدمة تثبت له حق الفسخ حتى يمكنه دفع هذا الذل لو أراده.

ولو خدمها استحق الأجر نظرًا له، ولو استأجره ابنه للخدمة لم تلزمه الإجارة إلا إذا كان الابن عبدًا أو مكاتبًا لغيره جاز وعليه الأجر؛ لأن خدمة الأب مستحقة على الابن بخلاف ما لو كان الابن عبدًا.

ولو استأجر أبويه لم يجز حرًّا كان أو عبدًا لغيره أو كافرًا وله الأجر إذا عمل؛ لأن الابن مأمور بتعظيم أبيه وتكريمه وينهى عن الاستخدام بتذليله وتوهينه، وإنما حكمنا بفساد إجارة الأب نظرًا له كيلا يلحقه إهانة ومذلة، والنظر في تجويزهما متى عمل حتى لا تزول منافعه مجانًا، ولا ينتقص الأجر متى كان أجر المثل أنقص من المسمى.

ولو استأجر جد أبيه للخدمة، وهو مكاتب أو عبد جاز ولو كان أباه لم يجز.

ولو استأجر الذمي المسلم للخدمة جاز ويكره؛ لأنه استذلال صورة لا معنى؛ لأنه يستحق العوض بإزاء الخدمة فيكون عاملًا لنفسه من حيث تحصيل الأجرة فيزول الذل من حيث المعنى فجاز إلا أنه يكره لمكان الاستذلال صورة.

(فصل)

ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى ولا الخدمة بالخدمة ولا زراعة أرض بزراعة أرض، خلافًا للشافعي.

ويجوز خدمة العبد المعين بالركوب، فالمنفعة إذا قوبلت بجنسها لا يجوز عندنا، وبغير جنسها جاز بالاتفاق بناء على أن عندنا المنافع معدومة حقيقة، وتقدير الاستحالة كون منفعة السنة كلها موجودة في ساعة واحدة والعقد ينعقد ساعة فساعة، فكانت المنفعة نساءً لا عينًا، والجنس بانفراده يحرم النَّسَاء عندنا وعنده لا يحرم.

استأجر رجلًا ليبيع له أو يشتري له بكذا بأجر معلوم لا يجوز، فإذا عمل فله أجر المثل ويكون أجر المثل طيبًا له إلا أنه يأثم إثم مباشرة عقد فاسد.

وقال مالك وابن أبي ليلى: إن الإجارة جائزة.

لنا: أن هذه الإجارة وقعت على عمل ليس في وسع الأجير؛ لأن البيع والشراء لا يقوم به وحده، وإنما يقوم به وبغيره وربما لا يجد من يساعده، وإذا لم ينفرد به لم يمكنه تسليم ما التزم فلا يصح كما لو استأجره لتَذْرِيةِ[1] الكُدْسِ[2] لا يجوز.

ولو استأجره يومًا أو شهرًا ليبيع أو يشتري له جاز؛ لأن المعقود عليه المنفعة لا العمل، ألا ترى أنه متى سلم نفسه لذلك يستحق الأجر فكان تسليم ما وجب بالعقد ممكنًا ولو أمره بأن يبيع له أو يشتري ولم يشترط له أجرًا فهو جائز؛ لأن هذه

---

(١) تَذْرِيَةُ الحِنْطَةِ بِالمِذْرَاةِ: ذَرْوُهَا، أَيْ تَنْقِيَتُهَا مِنَ التُّرَابِ.

(٢) الكُدْسُ: المجتمعُ من كلِّ شيء، نحو الحبُّ المحصود، والتمر، والدراهم، والرَّمْلِ المتراكب والجمع: أكداس
كُدْسُ الزَّرْعِ: الزَّرْعُ المَحْصُودُ المَجْمُوعُ.

استعانة ابتداء وإجارة أنها من حيث إنه أمره أحل له ولم يشترط له أجرًا كان استعانة ومن حيث إنه لم يقعد ليعمل مجانًا للناس، وإنما قعد ليعمل له بأجر كان إجارة انتهاء للعرف، فإن المعروف كالمشروط، ولهذا قالوا يجبر على إعطاء الأجرة متى امتنع من الإعطاء، ولهذا قال محمد: إذا عمل عوضه أجر المثل فقد أمره بإعطاء العوض.

(المنتقى): لو استأجر سنورًا ليصيد الفأر في بيته كان باطلًا؛ لأن هذا فعل السنور وربما لا يصيد فيتعذر تسليم المعقود عليه وليس هذا كالكلب، والبازي يستأجره أيامًا ليصيد به جاز؛ لأن المستأجر هو الذي يرسله وبإرساله وعمله يذهب ويصيد وهو بمنزلة الآلة للاصطياد فصار كما لو استأجر سكينًا ليذبح شاة.

وذكر الكرخي في مختصره: لو استأجر كلبًا معلمًا أو بازيًا ليصيد به فلا أجر له؛ لأنه لا يمكن إجبار الكلب على الصيد فيتعذر تسليم المعقود عليه.

ورُوي عن محمد فيمن استأجر شاة ليرضع جديًا أو صبيًّا لا يجوز؛ لأن محل الإجارة المنافع لا الأعيان، واللبن عين منتفع بها متقوّمة فلا تستحق بالإجارة بخلاف ما لو استأجر ظِئْرًا؛ لأن المستحق به فعل الحضانة واللبن آلة فجاز أن يستحق تبعًا وهنا بخلافه.

ولو استأجر قومًا يحملون جنازة أو يغسلون ميتًا، فإن كان في موضع لا يجد غيرهم فلا أجر لهم؛ لأنهم تعينوا لإقامة هذا الواجب، فإن وجد غيرهم فلهم الأجر لأنهم لم يتعينوا لإقامة هذا [الواجب][1].

قال محمد: لو استأجر سطحًا أو أرضًا يجفف عليه ثيابًا جاز، وإن استأجر نخلة يجفف عليها ثيابًا لم يجز؛ لأن استئجار النخل باطل لما مر.

ولو استأجر رجلًا بعشرة دراهم على أن يحلج له قطنًا معلومًا وسماه مَرْوِيًّا أو جنيبيًّا جاز إذا كان القطن عنده.

ولا يجوز أن يستأجره على عمل ليس عنده وهو بالخيار إذا رأى الثياب؛ لأن بعض الثياب أشد قصارة من بعض لدقتها ورقتها ولا تشبه قصارة الثياب حلج القطن.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الفرض.

رجل دفع إلى رجل ثوبًا فقال: بعه بعشرة دراهم فما زاد فهو بيني وبينك، فباعه باثني عشر، قال أبو يوسف: له أجر مثله ولا يجاوز به درهمًا.

وكذلك إن باعه بأكثر أو بأقل وإن باعه بعشرة دراهم فلا أجر له، وكذلك إن لم يبعه، وقال محمد: له أجر مثله بالغًا ما بلغ باع أو لم يبع.

رجل دفع ثوبًا إلى منادٍ ليبيعه فنادى ولم يبع صاحبه قال: له أجر مثله؛ لأن هذه إجارة فاسدة.

قال الفقيه أبو الليث في نوازله: هذا هو القياس.

وفي الاستحسان: لا يجب له شيء؛ لأن أجر المثل يعرف بعمل التجار وهم لا يعرفون لهذا العمل أجرًا.

باع شيئًا بالمزايدة فاستأجر مناديًا ينادي ببيع ذلك، ينظر إن بين فقال له: نادِ كذا كذا صوتًا فهو جائز وقّت له وقتًا أو لم يوقّت، وإن لم يبين فلا يجوز.

(باب الشروط المفسدة للإجارة)

اشترط تطيين الدار أو إدخال الجذع فهو فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين فيفضي إلى المنازعة.

ولو استأجر كل شهر بعشرة على أن يعمرها فهو فاسد؛ لأن بعض الأجر مجهول؛ لأنه لا يدري أي قدر يعطيه متى لم يخرب شيء من الدار حتى لم يحتج إلى المرمة والعمارة وعليه أجر مثلها بالغًا ما بلغ؛ لأنه رضي بتلك الزيادة على المسمى فيلزمه ما بلغ بخلاف غيرها من الإجارات الفاسدة لا يجاورها بأجر المثل المسمى؛ لأنه لم يرض بالزيادة عليه.

وإن شرط رد الأرض مكروبة ينظر إن شرط كرابها في مدة الإجارة فهي فاسدة؛ لأن مدة الإجارة مجهولة؛ لأن مدة الكراب مجهولة تقلّ وتكثر وأنها مستثناة من مدة الإجارة؛ لأنه عامل في مدة الكراب لرب الأرض فيوجب جهالة مدة الإجارة.

وإن شرط كرابها بعد انقضاء المدة بأن قال: أجرتها بكذا على أن يكربها بعد انقضاء المدة فهي فاسدة لأنها صفقة شرطت في صفقة.

[وإن قال: أجرتها بكذا وبأن يكربها بعد انقضاء المدة فهي فاسدة؛ لأنها منفعة شرطت في منفعة][(١)]، وإن قال: أجرتها بكذا وبأن يكربها بعد انقضاء المدة فالإجارة جائزة؛ لأن مدة الإجارة معلومة والكراب في نفسه معلوم يصلح أجرًا، ألا ترى لو استأجر رجلًا للكراب جاز.

وإن أطلق الكراب بأن قال: أجرتها بكذا وأن يكربها انصرف إلى ما بعد انقضاء المدة احتيالًا للجواز.

ولو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع الماء فالأجر لازم لا يصح؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد؛ لأنه شرط استحقاق الأجرة بعد انفساخ العقد قبل التسليم، فصار كما لو شرط الثمن على المشتري بعد هلاك المبيع في يد البائع.

استأجر بيتًا بعشرة على أنه إن سكن يومًا ثم خرج فعليه الأجر كاملًا فهو فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد؛ لأنه شرط بدل جميع المعقود عليه بإزاء بعضه حال فوات الباقي قبل القبض والعقد لا يقتضي ذلك فصار كما لو اشترى حنطة على أنه إن هلك شيء منها قبل القبض فعليه الثمن كله فسد البيع.

ولو استأجر عبدًا شهرًا على أنه إن مرض [هو] أو مرض المستأجر يعمل من الشهر الثاني بقدره فهو فاسد؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن العقد لا يقتضي بدل أيام المرض من الشهر الداخل؛ لأن الإجارة انفسخت بعذر مرض العبد من الشهر القائم لو انتهت بمضي الشهر القائم في مرض المستأجر فلا يدخل بدل أيام المرض من الشهر الداخل بحكم العقد فكان بمنزلة ما لو اشترى كر حنطة بعينها على أنه إن هلك بعضها قبل القبض، فإنه يتمها من حنطة مثلها فسد البيع؛ لأن العقد انفسخ فيما هلك فلا يجب بدله من حنطة أخرى بحكم العقد.

سلّم غلامه إلى معلم وشرط أن يخدمه فهو فاسد؛ لأن تحذيق الغلام ليس في وسع المعلم ولأن التحذيق مجهول؛ لأنه لا غاية له.

ولو شرط خراج الأرض على المستأجر يكون فاسدًا قالوا: هذا في خراج المقاسمة أو في أرض صاحبه ثم تقرر توصيفه، وإنما يعرف مقداره عند القسمة على

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

الأرضين؛ لأن الجماجم ربما تقلّ وتكثر فيتفاوت نصيب الأراضي فيكون الخراج مجهولًا وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن عنده خراج المقاسمة على رب الأرض، فأما عندهما فعلى المستأجر فلا يفسد العقد؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد من غير شرط، فأما في خراج الوظيفة قيل يجوز؛ لأن الخراج معلوم فتكون الأجرة معلومة وقيل لا يجوز وإطلاق محمد يدل على هذا؛ لأن خراج الوظيفة مما ينقص عن وظيفة عمر، ويزاد عليها عند الطاقة وعدمها وقدر ما ينقص ويزاد مجهول، وكذلك لو اشترط العشر على المستأجر عند أبي حنيفة؛ لأن عنده العشر على رب الأرض، فإذا شرط على المستأجر فقد جعله أجرًا، فإنه مجهول وعندهما العشر على المستأجر فقد شرط ما يقتضيه العقد فيجوز.

ولو أجر عبدًا أو دابة وشرط على المستأجر بعضها لم يجز؛ لأن ما شرط يصير أجرة ومقدار النفقة مجهول فيفسد العقد. شرط على الكحال أن يكحل عينه شهرًا بدرهم جاز وكذلك في كل داء؛ لأن التعامل جرى به ولأن الدواء متفاوت وليس بمتفاوت شهرًا. شرط أن يقصر له عشرة أثواب بدرهم ولم يرها كان فاسدًا وإن سمى جنسًا؛ لأن عمل القصارة تتفاوت باختلاف الثياب من حيث الرقة والصفاقة(١) ومن حيث الطول والقصر فجهالته تفسد العقد، ولو شرط على الخياط كم قميصه أو على البناء الأجر فهو فاسد؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن المعقود عليه العمل دون العين.

(المنتقى): رجل قال: أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم على أن أهب لك أجر شهر رمضان، أو قال: عليّ أن لا آجر لك لشهر رمضان فالإجارة فاسدة؛ لأنه شرط الهبة في الإجارة فيكون اشتراط صفقة في صفقة.

(باب الاستئجار على فعل هو طاعة أو معصية)

ولا يجوز الاستئجار على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والإمامة والأذان والغزو عنه والحج عنه.

---

(١) صفُق الثَّوبُ: كثُف نَسْجُه.

وقال الشافعي: يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأن قضية الإجارة أن يكون نفس العمل أو حكمه واقعًا للمستأجر، وهنا نفس العمل لا يقع للمستأجر؛ لأنه يقتصر على العامل ولا يتعدى إلى غيره؛ لأنه عرض كلما وجد تلاشى واضمحل، ولهذا يشترط النية وأهلية العبادة في حق المأمور حتى لو استأجر ذمّيًا ليحج عنه لا يجوز، ولا يقع حكمه له؛ لأن حكم هذا العمل الثواب والثواب موعود للعامل بوعد الله تعالى لا لغيره بخلاف سائر الإجارات؛ لأن العقد ينعقد على حكم العمل، وأثره وهو صيرورة الثوب مخيطًا أو مقصورًا لا على نفسه فيصير تابعًا حكم عمله، وبعض أصحابنا المتأخرين جوزوا ذلك اليوم لكل الناس في الاحتساب ولحاجة الناس إلى هذه الأعمال، وكذا لا يجوز على تعلم الصناعات؛ لأن التعليم لا يقوم بالمعلم وحده، بل يحصل به وبمعنى من قبل المتعلم وهو ذكاؤه وفطنته وحذاقته ومواهبه، فكان المعلم والمتعلم شريكين في منفعة التعليم، والإجارة لا تصح في عمل الآخر فيه شريك ولأن الأجير التزم بالإجارة ما لا يقدر على تسلمه وحده فلا يصح.

ولو استأجر كتابًا ليقرأ منه أو مصحفًا لم يجز ولا أجر إن قرأ خلافًا للشافعي؛ لأن القراءة إن كانت طاعة أو معصية فالإجارة عليهما باطلة، وإن كانت مباحة فلأن القراءة بالنظر فيه دون حمله وتقليب أوراقه مباح له، والإجارة لا تنعقد على ما يملكه المستأجر قبل الإجارة لعدم الفائدة فصار كأنه استأجره ليحمله ويقلب أوراقه. ولا يجوز استئجار الكتاب لحمله وتقليب أوراقه؛ لأنه لا فائدة للمستأجر منه، ولأن القراءة والنظر منفعة تحدث من القارئ لا من الكتاب، والإجارة لا تنعقد على منفعة لا تحدث من العين المضاف إليه الإجارة، كما لو استأجر دارًا لينظر إلى بابها حتى يصنع لنفسه مثل ذلك لا يجوز.

وكذلك إذا استأجر قارئًا ليقرأ عليه شيئًا لا يجوز؛ لأن القراءة إن كانت طاعة أو معصية لا تجوز الإجارة، وإن كانت مباحة فلأن القارئ مع السامع كشريكين في منفعة القراءة؛ لأنه كما ينتفع السامع بالتذكير والعظة ينتفع ويتلذذ القارئ أيضًا فقد استأجره لعمل هو فيه شريك فلا يجوز.

ولو استأجره فكتب له مصحفًا أو فقها أو شعرًا أو نحوًا جاز؛ لأنه ليس عين الكتابة معصية ولا طاعة، وإنما الطاعة والمعصية في القراءة أو التعليم ونيل الثواب على كتابة المصحف لا تدل على كونها طاعة، فإن الإنسان يثاب على الدنيا إذا كانت تكتسب الإنفاق على نفسه وعياله وللتعطف على جاره استأجره القاضي للقصاص والحدود شهرًا لم يجز؛ لأن المعقود عليه العمل وإنه مجهول لا يدري كم يقع من الحدود والقصاص.

ولو استأجر شهرًا ليقوم عليه في مجلس القضاء وليقيم الحد وغيره جاز؛ لأنه استأجره لنوع من العمل وهو قيامه في مجلسه فصار كما لو استأجره شهرًا للخدمة.

ولو استأجر من له القصاص رجلًا ليقتص له فلا أجر له. وذكر في السير الكبير أنه لا يجوز عندهما، ويجوز عند محمد والشافعي، وكذا الإمام إذا استأجر إنسانًا ليقتل المرتدين أو الأسارى أو لاستيفاء القصاص في النفس لم يجز عندهما خلافًا له، ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس لقطع اليد جاز بالإجماع.

لمحمد: أنه استأجره لعمل معلوم وهو جز الرقبة فصار كما لو استأجر لذبح الشاة وقطع اليدين.

لهما: أنه متى انعقدت الإجارة على القتل ليثبت نوع ذلك الأجير في نفس من عليه القصاص؛ لأن فيما يعمل كالعامل لنفسه من حيث إنه يأخذ بذلك أجرًا؛ لأن الأجير متى استحق أجرًا بالقتل صار من وجه كالمستوفي لنفسه فيحصل له نوع ملك والقصاص لا يقبل التمليك بوجه ما ولا يصلح معقودًا عليه فلم تنعقد الإجارة فلم يجب القيام بقطع اليد؛ لأن الأطراف لها حكم الأموال حتى جاز القضاء بالنكول فيها ويجري فيها البدل والإباحة عند الضرورة وهو وقوع الأدلة فيها فصلح معقودًا عليه ثم القاضي لو استأجره للقصاص والحدود ففعل فله أجر المثل ولو استأجره من له القصاص ليقتص له ففعل لا أجر له؛ لأن الاقتصاص يصلح معقودًا عليه في حق القاضي من وجه، فإنه يصلح معقودًا عليه تبعًا للإجارة على القيام في مجلسه لكن لا يصلح معقودًا عليه أصلًا فانعقد فاسدًا، فأما في حق غير القاضي لا يصلح معقودًا عليه من كل وجه، فإنه لو استأجره ليقوم في بيته ليس له أن يأمره باستيفاء القصاص فلم ينعقد أصلًا.

وعن محمد: فيمن قال لغيره: اقتل هذا الذئب وهذا الأسد ولك درهم فالذئب والأسد صيد فله أجر مثله لا يجاوزنه درهمًا والصيد للمستأجر؛ لأنه يحتاج في العمل إلى المعالجة فيصير العمل مجهولًا باعتباره فيجب أجر المثل ويكون الصيد للمستأجر؛ لأن العمل سبب للملك وعمل الأجير يقع للمستأجر.

(فصل)

ولو استأجره للغناء أو النوح أو قراءة الشعر لم يجز ولا أجر له، لأنها معصية والإجارة على المعصية باطلة، وكذلك لو استأجر لضرب الطبل للهو لا يجوز؛ لأنه معصية، وإن كان للغزو أو القافلة يجوز؛ لأنه طاعة. استأجر ذمي من ذمي أو من مسلم بيعة يصلي فيها لم يجز؛ لأن صلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه والإجارة على المعصية أو الطاعة لا يجوز، وكذلك لو استأجر المسلم من المسلم مسجدًا يصلي فيه؛ لأن تمكينه من فعل الطاعة طاعة فالاستئجار على الطاعة لا يجوز. ذمي استأجر دارًا من مسلم فاتخذ منها مصلى لنفسه لم يمنع؛ لأنه ليس في إيجاده مصلى لنفسه إحداث بيعة ولا إظهار شيء من شعائر دينهم في أمصار المسلمين، فإن اتخذه مصلى للجماعة وضرب فيها الناقوس فلصاحبها منعه، وكذلك لو أراد بيع الخمر فيها؛ لأن هذه أشياء تمنع عن إظهارها في بلاد المسلمين فلو كان بالسواد لا يمنع.

وقال محمد بن سلمة البلخي ما ذكر محمد في سواد العراق؛ لأن عامة أهلها في ذلك الزمان أهل الذمة، فأما في سواد خراسان فإنهم يمنعون من ذلك؛ لأن الغالب فيها المسلمون.

وقال غيره من مشايخنا: لا يمنعون من ذلك في سواد خراسان؛ لأن الأصل أن يترك أهل الذمة وما يعتقدونه مباحًا في دينهم إلا ما استثني عليهم في عهودهم، وهو أن يحدثوا بيعة ولا يظهروا الفسوق والمعاصي في أمصار المسلمين لا في السواد. مستأجر مسلم شرب في الدار ويجمع القوم يمنع ولا يخرج وكذلك الذمي؛ لأن المعلن للفسق يستحق عليه المنع عنه ولا يستحق إبطال حقه وملكه. استأجر الذمي من يصلي بهم ويضرب الناقوس لهم لم يجز لما بينا. استأجر ذمي مسلمًا

ليحمل الخمر أو استأجر منه بناء ليبيع فيه الخمر يجوز عند أبي حنيفة، وعندهم لا يجوز؛ لأن هذا إعانة على المعصية؛ لأن بيع الخمر وحملها للشرب معصية عند الأخير؛ لأن الظاهر من حال الذمي أنه ينقل الخمر للشرب لا للتخليل والإعانة على المعصية معصية.

له: أن المسلم إنما يحمل الخمر للبيع ويشرب الذمي، وبيع الذمي الخمر وشربه مباح في حقه؛ لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه، ولهذا لو أتلف المسلم عليه الخمر ضمن فوقعت الإجارة على فعل مباح؛ ولأن عين الحمل ليس بمعصية ولا سبب لها أيضًا؛ لأن المعصية إنما تحصل بعد الحمل بفعل فاعل مختار فلا يكون مضافًا إلى حمله فأشبه عصير العنب، وقوله عليه السلام: "**لعن الله في الخمر عشرًا منهم حاملها والمحمولة إليه**"[1] هذا محمول على أن يكون المحمولة إليه المسلم؛ لأنه حملها لفعل مباح وهو شرب الذمي فصار كما لو حملها للتخليل، وكذا لو استأجره ليرعى له خنازيره فهو على هذا الخلاف، وإن استأجر مسلمًا ليحمل له ميتة أو دمًا يجوز؛ لأن نقل الميتة والدم لإماطة الأذى عن الناس مباح والظاهر أن الحمل لأجل ذلك فيحمل عليه.

(**النوادر**): مات رجل من المشركين فاستأجروا مسلمًا ليحمله إلى بلدة أخرى قال أبو يوسف: لا أجر له؛ لأنه لا حاجة إليه فصار كنقل الميتة من بلد إلى بلد.

وقال محمد: إذا علم الأجير أنها جيفة فلا أجر له لأنه نقل ما لا يجوز له نقله، وإن لم يعلم فله الأجر؛ لأنهم غروه إلى التسمية، والغرور يوجب الضمان، فأما إذا استأجروه للنقل إلى مقبرة البلدة جاز؛ لأن ذلك لدفع الأذى عنهم. السارق أو الغاصب استأجر لحمل المغصوب والمسروق لم يجز؛ لأنه ينقل مال الغير.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/٤٤٧ (٢٢٠٤٥). وأحمد ٢/٢٥ (٤٧٨٧) و٢/٧١ (٥٣٩١). وابن ماجه (٣٣٨٠) قال: حدثنا علي بن محمد، ومحمد بن إسماعيل. و«أبو داود» (٣٦٧٤) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة.

خمستهم: (أبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل، وعلي بن محمد، ومحمد بن إسماعيل، وعثمان بن أبي شيبة) عن وكيع بن الجراح، قال: حدثنا عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، عن أبي طعمة، مولاهم، وعبد الرحمن بن عبد الله الغافقي، فذكراه.

(باب استئجار الشريك)

استأجر شريكه أو دابة شريكه ليحمل عليها الطعام المشترك لا ينعقد ولا يجب الأجر.

وقال الشافعي: يصح ويجب المسمى.

والصحيح قولنا؛ لأنه لا يميز عمله لنفسه من عمله لشريكه؛ لأن كل جزء من العمل الذي لا يتجزأ بعضه نفع للعامل وبعضه للمستأجر لشيوع المجمل فلا يمكن التنصيف والتثمين فيه فلا يمكنه تسليم نصف العمل إلى شريكه وما تعذر تسليمه لا يصح استئجاره، ولأنه المعقود عليه نصف الشائع محمولًا فإنه يستحيل؛ لأن الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشائع، فالعقد ورد على ما لا يتصور وجوده فلغى، وكذلك لو استأجر من صاحبه بيتًا أو حانوتًا فلا يجب الأجر نص عليه في كتاب المضاربة.

وذكر الحاكم في (المنتقى): قال محمد: كل شيء استأجر أحدهما من صاحبه مما يكون له عمل وعمل له فلا أجر له مثل الدابة والعبد وكل شيء مما لا يكون له العمل مثل الجوالق وغيره فاستأجره من صاحبه فهو جائز وهذا خلاف رواية (المبسوط).

ولو استأجر نصيب شريكه من العبد ليخيط له الثياب جاز؛ لأن المعقود عليه ملك منفعة نصيب شريكه شائعًا والملك وصف حكمي، والشائع يقبل الصفات الحكمية.

وقال محمد: لو استأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه يحمل حصته من الطعام أو نصف طاحونته فهو جائز؛ لأن المعقود عليه المنفعة ووجوب الأجرة يتعلق بتمكنه من الانتفاع لا بإيقاع الفعل في ذلك المحل المشترك، ألا ترى أنه لو سلم الدار ولم ينتفع به يستحق الأجرة فيصح العقد في قول من يجوز إجارة المشاع.

فأما إذا وقع العقد على العمل فوجوب الأجرة تتعلق بالعمل وذلك لا يتصور في المشاع.

وذكر الكرخي في (مختصره): عبد بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من صاحبه يخيط معه شهرًا على أن يصوغ نصيبه مع هذا شهرًا لا يجوز ويجوز هذا في العملين المختلفين في العبدين؛ لأن هذا مهايأة مبهمًا، فإن هذا مما يستحق عليهما بغير إجارة فالمهايأة من حكمها أن تقع على المنافع المطلقة، فأما إن تعين أحد الشريكين على صاحبه صرف المنفعة إلى نوع آخر لا يصح.

وذكر أبو الليث في (نوازله): امرأة لها دار أجرتها من زوجها ثم سكناها جميعًا فإنها لا تستوجب الأجر وهو كاستئجارها لتخبز أو تطبخ.

صباغان أجر أحدهما إليه عماله من الآخر ثم اشتركا هل تجب عليه الأجرة بعد الشركة؟ ينظر إن كانت الإجارة وقعت على شهر يجب الأجر في الشهر الأول، ولا يجب فيما بعده، وإن أجره عشر سنين فالأجر واجب عليه في ذلك كله؛ لأن الإجارة قد صحت فلا تبطل باشتراكهما. والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب إجارة الدواب)

استأجر دابة إلى الجبانة للتشييع فهو فاسد؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأنه ربما كانت لهم جبانات قريبة وبعيدة لا يدري إلى أيتهما استأجر، حتى لو كانت جبانة واحدة جاز، وتقع الإجارة إلى أول حد من حدود تلك الجبانة، كما لو استأجر دابة من محلة إلى محلة.

اكترى إلى الكوفة فله أن يركب إلى منزله استحسانًا، والقياس أن يركب إلى أول حدود المصر، كما لو استأجر من محلة إلى محلة.

وجه الاستحسان: أن التعارف فيما بين الناس أن من استأجر دابة إلى مصر أو قرية للحمل أو الركوب أنهم يبلغون به ومحمولاته إلى منزله والمعروف كالمشروط فصار كأنه شرط إلى منزله وهذا المعروف معدوم في حق المحلة؛ لأنه ربما تكون المسافة من المحلة المشروط إليها إلى منزل المستأجر على أضعاف ما يكون فيما بين المحلتين فيصح أن يستأجر دابة إلى موضع ثم يدخل فيها زيادة أضعاف ذلك.

وضع المتاع في ناحية من الكوفة على أنه منزله، فإذا هو خطأ ليس له أن يحمله إلى منزله.

تكارى ليركب إلى حاجته إلى الحيرة فلا أجر إن لم يذهب، وإن جلس قدر ما يذهب؛ لأنه لم يتمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد فلا يلزمه البدل كما إذا لم يتمكن من الاستيفاء في المدة المضاف إليها العقد؛ لأن تسمية المكان في إجارة الدابة بمنزلة تسمية المدة في إجارة الأعيان حتى لا يجوز إلا تسمية المكان، ثم التمكن من الاستيفاء في غير المدة المضاف إليها العقد لا يكون لوجوب الأجر فكذا التمكن من الاستيفاء في غير المكان المضاف إليه العقد حتى لو استأجرها إلى مكان معلوم فسار بها إلى ذلك المكان ولم يركبها يجب الأجر، فإن علم أنه توجه لم يصدق أنه رجع ولم يذهب إلا أن يردها من ساعته لا يثبت تسليم الدابة إليه، ثم ادعى المستأجر انقطاع التسليم بعدما وجد فلا يصدق إلا بحجة والرد من ساعته شاهد له فيكون القول له.

تكارى دابة بالكوفة من موضع الدابة إلى الحيرة ذاهبًا وجائيًا يرجع إلى موضع الدابة لا إلى أهله؛ لأن العقد انعقد على موضع الدابة إذا لم يذكر غيره؛ لأنه لم يوجد العقد فيما وراءه لا شرطًا ولا عرفًا لما بينا.

تكارى دابة كل شهر بعشرة يركبها عند حاجة تبدو له إن سمى بالكوفة ناحية من نواحيها جاز وإن لم يسم مكانًا يكون فاسدًا؛ لأن المعقود عليه هنا وهو الركوب إنما يصير معلومًا ببيان المكان؛ لأن التفاوت بين أماكن البصرة وبين غيره فاحش؛ لأن الركوب خارج المصر أضر بالدابة من الركوب في المصر ولا يدري أنه تبدو الحاجة في المصر أو خارج المصر وجهالة المكان تؤدي إلى المنازعة فمنع الجواز إلا في المصر، فإن المصر مع بيان أطرافها ومحالها جعل كمكان واحد؛ لأن التفاوت بين أماكنها يسير.

تكاراها ليقضي حوائجه في المصر يومًا جاز ويركب إلى أي نواحي المصر شاء وإلى الجنازة؛ لأن التفاوت بين أماكنه يسير وليس له أن يسافر عليها؛ لأن الركوب خارج المصر لم يدخل تحت الإجارة لما بينا.

تكارى إلى فارس ولم يسم مكانًا معلومًا يفسد؛ لأن فارس تقع على بلدان كثيرة وبينهما مسافة بعيدة فيكون منتهى مكان الإجارة مجهولًا بمنزلة ما لو تكارى إلى الشام أو إلى خراسان ولم يسم مدينة فيها.

تكارى إلى الري ولم يسم مدينتها ولا رستاقًا فالإجارة فاسدة ولم يذكر فيه خلافًا.

وذكر الطحاوي في (مختصره) خلافًا وقال: لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز؛ لأن أبا حنيفة جعل الري اسمًا للناحية وهي المدينة والرُّسْتاق[1]، وهما جعلا اسمًا للمدينة لا غير ككوفة وبغداد، فإن سار إلى أدنى فله أجر المثل لا يزاد على المسمى وينقص عنه؛ لأن الإجارة لم تنقلب جائزة بالمسير إلى أدنى الري؛ لأنه لم يتعين منتهى مكان الإجارة فبقيت المنازعة، فنفي الفساد إن سار إلى أقصى الري تعود جائزة استحسانًا لا قياسًا؛ لأن المنازعة قد ارتفعت لارتفاع جهالة مكان الإجارة كما لو استأجر دابة إلى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها ثم حمل عليها حملًا يعود العقد جائزًا ويجوز المسمى استحسانًا فكذا هذا.

وما قاله محمد بقوله: أجر المثل على طريقة القياس، وبقوله: لا ينقص عن المسمى كنى بذلك عن المسمى على طريقة الاستحسان؛ لأنه متى لم ينقص عن المسمى وجب المسمى فيحمل قوله على هذا نقر بها لقوله رحمه الله عن التناقض. تكاري دابة من الغدوة إلى العشي بردها عند الزوال وهذا في عرفهم ما بعد الزوال من العشاء، فأما في عرف بلادنا لا تنتهي الإجارة ما لم تغرب الشمس؛ لأن العشاء في عرفنا إنما يطلق على ما بعد غروب الشمس. تكارى يومًا فمن طلوع الفجر إلى غروب الشمس، وليله من غروب الشمس إلى طلوع الفجر؛ لأن اليوم في عرف الشرع وحقيقة اللغة اسم لبياض النهار والليلة اسم للسواد وذلك فيما قلنا. تكارى دابة بحكمه أو بما تكارى به أصحابه فهو فاسد إذا لم يكن ما يتكارى به أصحابه معلومًا أو كان مختلفًا، اكترى بعضهم بعشرة وبعضهم بثمانية؛ لأن الأجر مجهول وأجر مثل هذه الدابة إذا كان مختلفًا فعليه الوسط من ذلك؛ لأن في إيجاب الأقصى

---

(١) رستاق: قرى، مقاطعة، جمع: رساتيق ورستاقات.

ضررًا بالمستأجر وفي إيجاب الأدنى ضرر بالأجر فيجب الوسط من ذلك نظرًا لهما، وإن كان معلومًا، فإن كان جميع أصحابه تكاروا مثل هذه الدابة بعشرة جازت الإجارة،كما لو باع بمثل ما باعه فلان وكان معلومًا وقت العقد أو علم في المجلس فكذا هذا.

تكارى من مرو إلى نيسابور بكذا فعليه بعد مرو؛ لأن العقد وقع ثمة. تكارى دابة إلى موضع فنحفت وضعفت فعليه أن يأتي بدابة أخرى إذا كانت الدابة بغير عينها؛ لأن العقد لم يتناول هذه ولا تنفسخ الإجارة بردها كرد السلم إذا وجد بالمسلّم فيه عيبًا ورده لا ينفسخ السلم، وإذا بقي العقد كان له أن يطالبه بأخرى، وإن كانت الدابة بعينها فليس له أن يطالبه بأخرى؛ لأن العقد تناول هذه فيفسخ العقد بردها كما في بيع العين إذا وجد بالمبيع عيبًا فردّه.

استأجر دابة يطحن بها كل يوم عشرة أقفرة فوجدها لا تطيق إلا خمسة فله الخيار وعليه بحسبان ما عمل من الأيام ولا يحط من الأجر شيء؛ لأنه لم يسلم له شرطه المنتفع به فيتخير كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز فوجده غير كاتب أو خباز، فإن رضي به لزمه جميع الثمن فكذا هذا إذا رضي به يلزمه جميع الأجر ولا يحط شيء من الأجر بسبب النقصان؛ لأن الإجارة وقعت على العقد لا على العمل فلا يتوزع الأجر على العمل. وفي المسألة عقدة لأن عند أبي حنيفة لو استأجر خبازًا ليخبز له اليوم بدرهم يكون فاسدًا.

والفرق له أن ذكر مقدار العمل في باب الطحين في العرف والعادة لا يذكر لتعليق العقد بالعمل حتى يصير العمل معقودًا عليه مع الوقت فيوجب فساد العقد للجهالة، وإنما ذكر لبيان قوة الدابة ومبلغ عمله فبقيت الإجارة على الوقت.

فأما في الخبز إنما يذكر مقدار العمل في العرف لتعلق العقد بالعمل لا لبيان قوة الخباز ومبلغ عمله فيصير جامعًا بين الوقت والعمل فيصير المعقود عليه مجهولًا فأوجب فساده حتى لو ذكر في الخباز بيان مقدار العمل لبيان قوة الخباز ومبلغ عمله لا لتعليق العقدية يجوز أيضًا.

(المنتقى): استأجر دابة يومًا إلى الليل فليس له أن يخرج بها من المصر، ولو استأجر دابة إلى موضع كذا لم يكن له أن يرجع عليها، ولو استعار دابة إلى موضع

كذا كان له أن يذهب عليها ويجيء، وإن لم يسم لها موضعًا فليس له أن يخرج بها من المصر.

(فصل)

تكارى دابتين كل واحدة إلى موضع كذا لم يجز؛ لأن هنا عقدين والمعقود عليه في كل عقد مجهول جهالة يوقعهما في المنازعة. استأجر دابتين بعشرة صفقة واحدة ليحمل عليهما عشرين مختوما فحمل على كل واحدة عشرة يقسم الأجر على أجر مثل كل دابة؛ لأن أجر مثلهما على قدر سيرهما وقوتهما وسرعتهما وإبطائهما فصار كمن اشترى شيئين صفقة واحدة بثمن واحد يقسم الثمن على قيمة كل واحد منهما فكذا هذا.

(باب كري الدابة إلى مكة)

استأجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملًا فيه رجلان وما لهما من الوطاء والدثر، ولم ير المكاري الوطاء والدثر، وعلى الآخر زاملة عليه كذا مختومًا من السويق، وما يصلحه من الخل والزيت وما يكفي من الماء، ولم يبين قدره، وما يصلح من الحبل والتعاليق من القربة والميضأة والمطهرة، ولم يتبين وزنه، أو شرط أن يحمل من مكة من هدايا مكة ما يحمل الناس، فهو فاسد قياسًا لجهالة المحمول، وجائز استحسانًا؛ لأن المحمول على الدابة في طريق مكة معلوم عرفًا؛ لأن مقدار ما يحتاج إليه مثل هذا المستكري في طريق مكة معلوم فيما بين الناس عرفًا، والمعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا ويحمل قربتين من ماء وإداوتين من أعظم ما يكون للتعارف.

ولو اشترط عليه عقبة الأجير جاز، وعقبه الأجير أن يستأجر اثنان دابة حتى يتعاقبان في الركوب ينزل أحدهما ويركب الآخر جاز، وإن لم يبينا مقدار ما يركبه كل واحد منهما؛ لأن مقدار ما يركبه كل واحد منهما معلوم عرفًا يركب أحدهما ميلًا وينزل الآخر والمعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا.

شرطا شرطًا قدرًا في الزاملة فما نقص في كل منزل فله أن يتمه، لأن بالإتمام يستوفي شروطه.

تكارى شق محمل، فقال الحمال: عنيت عيدان المحمل وقال المستكري: بل عنيت الإبل فإن كان الكري قدر ما تكارى به حسب المحمل فالقول للحمال، وإن كان قدر ما يتكارى به الإبل فالقول للمستكري؛ لأن اسم المحمل كما يطلق على العيدان يطلق على الإبل فيكون المراد من هذا اللفظ مجهولًا فوجب استبانة المراد من الملفوظ بالمسمى.

ونظيره لو اشترى قربة من ماء فقال المستكري: عينت به القربة لا الماء، وقال الآخر: عينت به الماء فكأنه علم الثمن فكذا هذا بحكم المسمى.

استكرى الإبل للحج فقال الحمال: أخرج في عشرة مضين من ذي القعدة، وقال المستكري في خمس أو قال في غرة الشهر، فإنه يخرج في الخمس في الوجهين جميعًا؛ لأن هذا أقرب إلى الميعاد فيما بينهم؛ لأن المعتاد أنهم يخرجون من عشرٍ مضين من ذي القعدة؛ لأنهم كانوا لا يخافون فوات الحج ولا يلحقهم تعب السرعة في السير بطي المراحل؛ لأن من الكوفة إلى مكة سبعًا وعشرين مرحلة فيحتاج إلى سبعة وعشرين يومًا، فمتى خرجوا بعد مضي عشر من ذي القعدة يكونون يوم التروية بمكة لا محالة، فكان قول من يدعي التقدم على الوقت المعتاد بخمسة أقرب إلى المعتاد من قول من يدعي التقدم بعشرة فكان الأخذ بقوله أولى.

ولو قال أحدهما: أخرج في النصف، وقال آخر: في الخمس يؤخر إلى العشر لا غير؛ لأن أحدهما يدعي التقدم على الوقت المعتاد بخمسة والآخر يدعي التأخير عنه بخمسة، فاستوى القولان في المقاربة إلى الوقت المعتاد، فتساقطا للتعارض فوجب الأخذ بالقول المعتاد، إلا إذا شرطا سببًا فيكون أملك؛ لأنه لا عبرة للعرف متى جاء الشرط بخلافه.

استكرى من الكوفة إلى مكة ذاهبًا وجائيًا فمات بعدما قضى المناسك ورجع إلى مكة فعليه من الأجر بحسابه ثم طريق الجادة من الكوفة إلى مكة سبعة وعشرون منزلًا وأيام المناسك ستة أيام فالجملة ثلاثة وثلاثون فيلزم ذلك من ستين جزءًا من الكراء؛ لأنه استحق منافع هذا الإبل ستون يومًا سبعة وعشرون يومًا ذهابًا وستة

لقضاء المناسك لأنهم يركبون المطايا في قضاء المناسك وسبعة وعشرون يومًا للرجعة وقد استوفى ثلاثة وثلاثين لما مات بعد قضاء المناسك فعليه أجر ذلك.

ولو شرط الممر على المدينة لزيارة قبر النبي عليه السلام ثم مات بعد قضاء المناسك، فإنه ينظر إن شرط ذلك الممر على المدينة في البداية فعليه من الأجر ستة وثلاثون جزءًا؛ لأنه يزداد ثلاث مراحل بعد الممر على المدينة؛ لأنه يحتاج في العدول إلى المدينة إلى ثلاث مراحل وقد استوفى ستة وثلاثين جزءًا سبعة وعشرون للذهاب إلى مكة، وثلاث مراحل للممر على المدينة، وستة أيام لقضاء المناسك، وإن شرط الممر في الرجعة يجب عليه ثلاثة وثلاثون جزءًا من ثلاثة وستين جزءًا من الكراء؛ لأنه استوفى من المنفعة ذلك.

ماشٍ استكرى بشرط أن يحمل إن مرض أو أعيا فهو فاسد؛ لأنه ربما يمرض وربما لا يمرض فيكون المعقود عليه على خطر الوجود والعدم فيمنع الجواز كما في البيع. أراد المستأجر تبديل محمله بمحمل غيره إن كانا سواء له ذلك؛ لأن ما يحمل والمشروط سواء في الضرر، وإن كان فوقه في النقل والضرر فليس له ذلك؛ لأن فيه زيادة ضرر لم يرض به المكاري، كما لو حمل الحنطة مكان الشعير. استأجر دابة من الكوفة إلى بلد آخر وقبض، إن حبسها مقدار ما يحبس الناس إلى أن يرحل لا يضمن، وإن حبس خلاف العرف يومين أو ثلاثة يضمن.

(**المنتقى**): رجل اكترى محملًا ليركبه إلى مكة فخلفه في أهله من غير عذر فلم يركبه لا أجر له وهو ضامن للمحمل إن أصابه شيء؛ لأن هذا على السير، والركوب إلى مكة، وكذا لو استأجر قميصًا يلبسه إلى مكة، وكذا لو استأجر المحمل شهرًا ليركبه إلى مكة؛ لأن الغالب منه على الركوب إلى مكة، ولو استأجر حليًا يزين به عروسه عشرة أيام وقبض الحلي ولم يزين عروسه قال يلزمه الأجر؛ لأن هذا على الأيام. قال محمد: رجلان اكتريا بعيرًا بينهما إلى مكة، فلما بلغا بعض البوادي قال أحدهما: أنا أقيم هاهنا، قال: آمره أن ينتهي إلى أقرب العمران منه، ثم اجعل نصف البعير في يد هذا ونصفه في يد هذا ولا أختار الذي أراد المقام على الخروج، ولو كان المكاري معهما على المكتري الذي يريد البيع نصف بعيره، أو إن لم يكن

المكاري معهما وأقاما البينة على ما اكتريا فالقاضي ينظر في ذلك فيأخذ نصف بعير الذي أقام فيكريه لصاحبه الغائب، فإن لم يجد من يكريه دفع النصف وديعة إلى المستأجر الذي يسير ويأمره أن يركب نصفه. استأجر من رجل إبلًا على أن يسير به إلى مكة عشرين ليلة فسار به نصف الطريق في عشر ليال ثم مات فله نصف الأجر المسمى؛ لأنه قد وفى له شرطه إلى أن مات، وإن سار به نصف الطريق في اثني عشر يومًا ثم مات فله أجر مثله ولا يزاد على نصف المسمى، وإن سار به النصف الثاني في ثماني ليال فله جميع الأجر المسمى استحسانًا؛ لأنه أوفاه ما شرط له في عشرين يومًا.

(الفتاوى): رجل يقبل من رجل طعامًا على أن يحمله من موضع إلى موضع إلى اثني عشر يومًا، فحمله في أكثر من ذلك قيل لا أجر له، وهذا بمنزلة رجل استأجر رجلًا على أن يخيط ثوبًا في يومه بدرهم فخاطه في اليوم الثاني لا أجر له. قال الفقيه أبو الليث: هذا الجواب يصح على قول أبي حنيفة وعلى قياس قولهما يجب الأجر؛ لأن من أصلهما أن الإجارة وقعت على العمل دون الوقت، ألا ترى أن رجلًا لو استأجر أجيرًا ليعمل له هذا العمل اليوم جازت الإجارة على قولهما، وتقع الإجارة على العمل دون الوقت.

(باب ما يصير به مخالفًا أو ضامنًا وما لا يصير)

أنه أن المستأجر متى صار مخالفًا فيما شرط له، فإنه ينظر إلى ضرر الدابة من حيث الخفة والثقل، فإن كان ضرر المحمول مثل ضرر المشروط أو أقل فلا شيء عليه؛ لأن الراضي بأكثر الضررين يكون راضيًا بما دونه أو مثله دلالة، وإن كان أكثر منه ضررًا، فإن كان من خلاف جنسه بأن حمل مكان الشعير الحنطة فعطبت الدابة ضمن ولا أجر عليه؛ لأنها هلكت بفعل غير مأذون فيه، فوجب الضمان دون الأجر؛ لأنهما لا يجتمعان.

وإن كان من جنسه بأن حمل المسمى وزاد عليه فعطبت الدابة ضمن بقدر الزيادة وعليه الأجر المسمى؛ لأنها هلكت بفعل مأذون وغير مأذون، فينقسم على

ذلك القدر. تكارى دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب، منهم: من يضر ركوبه بالدابة لحرفة، ومنهم: من لا يضر لحرفة، ولهذا يُعطى للرائض أجر على الركوب فلا يدخل ركوب غيره في العقد كما في اللبس، فإن ركبها وأركب معه غيره، فإن سلمت الدابة فعليه الكراء كاملًا؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، فإن عطبت بعد البلوغ من الركوب فعليه الأجر كاملًا ونصف قيمتها كان الرديف أخف أو أثقل.

أما الأجر فلأنه استوفى المعقود عليه وزيادة؛ لأن المعقود عليه قدر ركوبه لا ما زاد عليه فضمن بقدر الزيادة وبهذا الضمان ملك ما هو غير مستأجر، وموت الملك في غير المستأجر لا يمنع وجوب الأجر عليه، فأما الضمان فلأن التلف حصل بركوبهما وركوب أحدهما غير مأذون فيه، فصار كما لو تلفت بجراحها وأحدهما غير مأذون فيها ثم إن شاء المالك ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن الرديف؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه فإنما سوى بين الأثقل والأخف؛ لأنه قد يكون ركوب الخفيف أضر وأخسر بالدابة لحرفة وقلة هدايته بأمر الركوب بحركاته واضطرابه على الدابة، ورب جسم لا يضر بالدابة لتضاربه بأمر الركوب فسقط اعتبار الثقل والخفة في الركوب وثبتت العبرة للعدد، كما في الجنايات العبرة لعدد الحياة لا لعدد الجراحات هذا إذا كانت الدابة تطيق أن يركبها اثنان، فإن كانت لا تطيق ركوب اثنين فعليه جميع قيمتها؛ لأن هذا إتلاف منه معنى.

تكارى ليحمل إنسانًا فحمل امرأة ثقيلة لا يضمن؛ لأن اسم الإنسان يتناولها، فإن كانت ثقيلة بحيث لا تحملها الدابة يضمن؛ لأنه يكون إتلافًا لا حملًا. تكارى إلى واسط يعلفها ذاهبًا وجائيًا فركبها إلى واسط وحمل آخر معه أو متاعًا في الرجوع فهو ضامن لما زاد من الحمل ويحسب له العلف؛ لأن الإجارة وقعت فاسدة لجهالة الإجارة وهو العطب فقد ركبها بحكم الإجارة الفاسدة فعليه أجر مثلها في الذهاب،كأنه ركبها واحد وقبل الرجوع ركبها اثنان فعليه نصف أجر مثل ركوبهما، فإذا عطبت في الرجوع يضمن نصف قيمتها إذا أركب معه غيره ولما زاد من الحمل إن حمل المتاع؛ لأن العبرة في ركوب الآدمي للعدد لا للنقل وفيما

سوى الآدمي العبرة للنقل فيضمن بقدر ما زاد من النقل، وإنما يعرف ذلك بالرجوع إلى من له بصر في ذلك الباب أن هذا الحمل بأي قدر يزيد على ركوبه فيضمن بقدر ذلك إلا أن يوزن الرجل والمحمول بالقبان؛ لأن الحيوان لا يوزن بالقبان هذا إذا لم يركب على الحمل بل ركب موضعًا آخر، فإن ركب على المتاع نجد أن يضمن جميع القيمة؛ لأنه يجمع نقل الحمل ونقل الراكب في مكان واحد من الدابة فيصير أدق للدابة فيضمن جميع قيمتها، كما لو استأجر عريانًا فأركب وأسرج حتى تلفت الدابة يضمن جميع قيمتها فكذا هذا.

استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل مكيالًا آخر أخف منها أو ثقله مثل ثقل الحنطة لا يضمن وأثقل من المسمى يضمن.

ولو استأجرها ليحمل عليها مائة مَنٍّ مِنْ قطن فحمل مثل وزنه حديدًا أو أقل ضمن؛ لأن الضرر ليس من حيث الخفة والنقل، ولكن من حيث إن القطن ينبسط على ظهر الدابة فيكون ثقله على جميع العضو فيكون ضرره أقل، وثقل الحديد يكون في موضع واحد فيكون أدق للدابة فيكون أقوى في الضرر.

ولو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل أحد عشر فعطبت بعد البلوغ فعليه الأجر كاملًا ويضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمته؛ لأن التلف حصل بالثقل وثقل عشرة أجزاء مأذون فيها وجزء واحد غير مأذون فيه فصار مخالفًا في الزيادة على قدر المشروط.

تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فجعل في جوالق عشرين وأمر رب الدابة بالوضع فوضع لا ضمان على المستكري؛ لأن حمل الكل حصل من رب الدابة وأمر المستكري بالحمل لا يصح؛ لأن صاحب الدابة مالك للرقبة فيكون أمر المستكري إياه بالحمل لغوًا.

ولو كان في جوالق واحد فحملاه جميعًا على الدابة يضمن المستكري ربع قيمة الدابة؛ لأن نصفه مأذون فيه ونصفه غير مأذون فيه، وما هو مأذون فيه غير متميز عما ليس بمأذون فيه، فيصير المستأجر حاملًا عشرة مخاتيم نصفها مأذون فيه ونصفها غير مأذون فيه، فيضمن نصف نصفه، بخلاف ما لو كان في جولقين فحمل كل

واحد جولقًا لم يضمن المستأجر شيئًا؛ لأن كل عشرة متميزة على الأخرى غير سائغة، فيجعل المستأجر حاملًا للشرعة المأذون فيها حملًا لأمره على الصلاح.

استأجر دابة ليركبها، ولبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين الأجرة فعطبت الدابة إن لبس مثلما يلبس الناس فلا ضمان عليه، وإلا يضمن الزيادة؛ لأن القدر المعروف داخل تحت الإجارة والزيادة لا.

اكترى دابة ليحمل امرأة فحمل فولدت فحمل الولد معها يضمن بقدر الولد، وكذلك لو ولدت الناقة فحمل ولدها مع المرأة؛ لأن حمل الولد مقصودًا غير داخل تحت الإجارة، بل دخل فيها تبعًا وبعد الانفصال صار مقصودًا فيكون حمل الولد بغير إذن المالك فيصير ضامنًا، وإن كان ولد الناقة ملك صاحب الدابة كما لو حمل على دابته شيئًا آخر من ملكه.

اكترى بعير المحمل فحمل زاملة يضمن؛ لأنها أثقل، فإن حمل رجلًا مكان المحمل لا يضمن؛ لأنه أخف.

تكارى دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة ولم يسم كم يطحن كل يوم يجوز، وإن طحن ما يخرج عن العرف يضمن؛ لأن الإجارة انصرفت إلى قدر ما يطحن عليها في العرف والعادة؛ لأن المعروف كالمشروط، وإذا جاوز المعروف ضمن.

وإذا استأجر دابة بإكاف[1] فأسرجها لا يضمن؛ لأن الضرر أقل؛ لأن السرج أخف على الدابة من الإكاف.

ولو استأجر حمارًا بسرج فأبدله بسرج آخر، إن كان يسرج بمثله الحمار لا يضمن، وإن كان لا يسرج بمثله ضمن بقدر ما زاد فإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله. ذكر في الأصل أنه يضمن بقدر ما زاد حتى لو كان ثقل الإكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمة الدابة عندهما.

لهما: أن الإكاف والسرج جنس واحد في حق المقصود وهو الركوب؛ لأن كل واحد آلة للركوب، فإنه متخذ من الخشب فلا يكون بينه وبين السرج تفاوت في

---

(١) الإكافُ: البَرْذَعة. والجمع: أُكُف.

ذلك فيكون الإذن بالإسراج إذن بالإكاف دلالة، إلا أن الإكاف لما كان أثقل من السرج لا يكون إذنًا بتلك الزيادة فيضمن تلك الزيادة.

وجه رواية الجامع وهي الأصح: أن الإكاف ليس من جنس السرج لا صورة ولا معنى؛ لأن الإكاف يستعمل للحمل لا للركوب عادة، والسرج يستعمل للركوب لا للحمل، وإن الإكاف مخالف أيضًا؛ لأنه لا ينبسط انبساط السرج فصار مخالفًا إلى جنس آخر غير المسمى فلم يصر مستوفيًا شيئًا من المسمى فيضمن الكل كما لو حمل الحديد مكان الحنطة.

تكارى عريانًا فأسرجه وركب ذكر في الأصل أنه يضمن.

قيل: المسألة محمولة على ما إذا اكترى إلى موضع ليركب بغير إكاف وسرج فلم يأذن له بالإسراج والإكاف.

فأما إذا كان لا يركب إلا بسرج فإن استأجره ليركب خارج المصر في السفر فأسرجه لا يضمن، فإنه لا يركب من بلد إلى بلد إلا بسرج فيثبت الإذن بالإسراج دلالة.

وإن استأجره ليركبه في المصر، فإن كان رجلًا من الأشراف أو الأوساط لا يضمن أيضًا؛ لأن مثله لا يركب من غير سرج فيكون إذنًا به دلالة.

وإن كان من الأسافل يضمن؛ لأن مثله يركب من غير سرج بالجل أو عريانا فلا يكون مأذونًا به والسرج أثقل فيضمن.

استأجر حمارًا بغير لجام فألجمه بلجام مثله لا يضمن؛ لأن اللجام إنما وضع لضبط الدابة عن السير وعطفها فلا بد للراكب من ذلك فيصير مأذونًا بالإلجام دلالة إذا كان الحمار يلجم مثله حتى لو كانت دابة لا تلجم ضمن؛ لأن الضبط والعطف ممكن من غير لجام فلا يصير مأذونًا به دلالة.

استأجرها إلى مكان فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع، فهي أمانة عند أبي حنيفة.

ثم رجع فقال - وهو قولهما -: يضمن ما لم يدفعها إلى صاحبها.

وكذلك المستعير إذا تعدى ثم أزال التعدي لم يبرأ من الضمان بخلاف المودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف يبرأ من الضمان.

والفرق أن المستأجر والمستعير غير مأمور بالحفظ مقصودًا، وإنما يثبت الأمر بالحفظ ضمنًا للإجارة والإعارة ضرورة استيفاء المنفعة لا مقصودًا، فلم يكن غائبًا عن المالك في الحفظ، وقد ارتفعت الإجارة لما انتهى الوقت فلا يبقى الأمر بالحفظ فقد بلغت العين في يد من ليس بنائب من المالك فضمن. فأما المودع فمأمور بالحفظ مطلقًا فكان نائبًا عن المالك في قبض العين بعد ترك الخلاف فقد تلف في يد نائب المالك فلم يضمن.

ولو استأجره ذاهبًا وجائيًا فجاوز به ثم عاد يبرأ عن الضمان؛ لأنه عاد إلى الوفاق وعقد الإجارة ما تم فبقي الأمر بالحفظ فيعود أمينًا كما في المودع.

ضرب الدابة وكبحها باللجام في السير فعطبت يضمن إلا بإذن عند أبي حنيفة، وعندهما لا يضمن إذا لم يجاوز حده.

لهما: أنه مأذون من جهة المالك بضربٍ مثله في العادة لاستخراج السير؛ لأنه لا بد للسير من الضرب اليسير وله بد من الضرب الكثير فقدر باليسير بما يضرب الناس مثله في العرف والعادة والمعروف كالمشروط.

له: أنه غير مأمور بالضرب من جهة المالك لا نصًا ولا عرفًا؛ لأن الناس قد يضربون لاستخراج السير وقد يكتفون بتحريك الرجل، وبالصياح والسير يمكن بدون الضرب بتحريك الرجل، وبالصياح فلا يثبت الإذن بالضرب لا عرفًا ولا ضرورة السير.

قال: إن كفاني قميصًا فاقطعه فقطعه فلم يكفه فهو ضامن؛ لأن هذا إذن مشروط بشرط الكفاية وبدون الشرط لا يكون مأذونًا.

ولو قال: هل يكفيني؟ فقال: نعم، قال: فاقطعه، فلم يكفه فلا ضمان؛ لأنه أمره بالقطع مطلقًا غير معلق بشرط الكفاية؛ لأنه لم يذكر حرف التعليق فيكون إذنًا مطلقًا لأن الخيّاط غره ومثله لا يوجب الضمان.

ولو قال: انظر إلى هذا الثوب هل يكفيني قميصًا؟ فقال: نعم، قال: فاقطعه، أو قال: اقطعه إذًا، فقطعه، فإذا هو لا يكفيه لم يذكره محمد في الكتاب.

وقال الفقيه أبو [بكر][(١)] البلخي: إنه يضمن؛ لأن في قوله: (فاقطعه) الفاء حرف تعليق؛ لأنه يذكر جوابًا للشرط لا ابتداء فيقتضي شرطًا فصار كأنه قال: إن كان يكفيني فاقطعه كمن قال لآخر: بعت منك هذا العبد بألف درهم، فقال المشتري: فهو حر، كان قبولًا وإعتاقًا فيصير جوابًا له.

فأما في قوله: (فاقطعه إذًا) فلأنه مما لا يبتدأ به الكلام، وإنما جوابًا للشرط فاقتضى شرطًا، فصار كأنه قال: إن كان يكفيني اقطعه إذًا.

(النوادر): رجل دفع إلى رجل ثوبًا ليخيطه قميصًا بدرهم، فخاطه قباء، فإن شاء ضمنه قيمة الثوب، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله، ولا يجاوز به درهمًا يزيد بالقباء القُرْطَق[(٢)] الذي هو ذو طاق واحد؛ لأن هذا القباء يستعمله بعض الناس استعمال القميص فكان مخالفًا من وجه موافقًا من وجه، فإن شاء مال إلى جهة الخلاف وترك القباء عليه وضمّنه قيمة الثوب، وإن شاء مال إلى جهة الوفاق وأخذ القباء ويلزمه أجر المثل ولا يزاد على المسمى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يضمن قيمته ولا سبيل له عليه؛ لأن هذا غاصب خائط ثوب غيره بغير أمره؛ لأن القباء جنس آخر غير جنس القميص فلا يتناوله الأمر أصلًا.

استأجر قميصًا ليلبسه ليذهب إلى مكان كذا فلم يذهب إلى ذلك الموضع ولبسه في موضعه، قيل: هو مخالف ولا أجر عليه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أبو الليث البلخي. وما أثبتناه من الأصل هو الصحيح.
وهو الإمام محمد بن أبي بكر الإسكاف البلخي، الفقيه حنفي، إمام كبير جليل القدر، أخذ الفقه عن محمد بن سلمة وعن أبي سليمان الجوزجاني، وتفقه عليه أبو بكر الأعمش محمد بن سعيد وأبو جعفر الهندواني.
من تصانيفه: (شرح الجامع الكبير للشيباني) في فروع الفقه الحنفي.
وانظر ترجمته في: الجواهر المضية ٢/٢٨، ٢٣٩، والفوائد البهية ص١٦٠، ومعجم المؤلفين ٨/٢٣٢، والأعلام ٤/٤.

(٢) القرطق (بضم القاف، معرب كرته الفارسية؛ كُرْتا بالأردية) قباء كان أهل جنوب آسيا يلبسونه في الأصل قبل أن ينتشر في بقية الأقطار.

وقال الفقيه أبو الليث: عندي أنه غير مخالف ويجب عليه الأجر؛ لأن هذا خلاف إلى خير.

وليس هذا كمن استأجر دابةً ليذهب إلى موضع كذا فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف؛ لأن إجارة الدابة لا تجوز إلا أن يبين المكان، وفي الثوب يحتاج إلى بيان الوقت ولا يحتاج إلى بيان المكان. [والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب](1).

(باب ضمان الأجير المشترك وحكم الأجير الخاص)

الأجير المشترك كاسمه الذي يتقبل الأعمال من الناس كالصباغ والقصار ونحوهما ويعمل لهم جميعًا، وليس كمن استأجر أن يمنعه عن العمل لغيره؛ لأن المعقود عليه العمل دون المنفعة فكان له أن يصرف منفعة نفسه إلى عمل الغير.

ولو هلك الغير في يده فلا يخلو إما أن هلك بصنعه أو لا بصنعه، فإن هلك بصنعه فلا ضمان قبل العمل ولا ضمان ولا أجر بعد العمل عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجب الضمان إلا إذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه كالحرق والغرق الغالب والعدو المكابر ثم إن شاء ضمنه معمولًا فأعطاه الأجر، وإن شاء ضمنه غير معمول ولا أجر له.

وقال زفر: لا ضمان عليه وله الأجر؛ لأن العمل كما يوجد يقع مسلمًا إلى المالك؛ لأن يد العامل على العين يد المعمول؛ لأنها يد أمانة فيكون العمل واقعًا في يد المالك معنى فيقع مسلمًا كالوكيل بالشراء إذا قبض المبيع، فإنه يصير الموكل قابضًا حتى لو هلك يهلك على الموكل كما أن الحفظ مستحق عليه كالعمل؛ لأنه لا يقدر على العمل، فإذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه يضمن كما إذا هلك في العمل. له: أن المقبوض أمانة عنده بدليل أنه إذا هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمن.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (س).

ولو كان مضمونًا في يده لضمن كالمغصوب فصح أنه أمانة، والأمانة لا تضمن إلا بالتعدي ولم يوجد منه تعدٍّ، وأما إذا تلف من عمل الأجير المشترك كالقصار إذا دق الثوب فتخرق أو ألقاه في النورة فاحترق، أو الملاح بمده السفينة غرقت، أو الحمال إذا تعثر أو عثرت دابته أو زلق ضمنه، كان المالك معه أو لم يكن.

وقال رفز والشافعي: لا يضمن.

لهما: أن الفساد حصل بعمل مأذون فيه من جهة المالك؛ لأنه أدل له في الدق المعتاد الذي لا يتسبب فيه إلى قصور وتقصير وقد أتى بالدق المعتاد من غير قصور فيه ولا تقصير فيه، وإنما التلف وقع خطأ لتعذر الاحتراز والتحفظ عنه، فإن الماهر المحتاط في العمل لا يمكنه الاحتراز من الخطإ والزلل إما لعقله أو فترة لا يخلو الإنسان عنها عادة بغتة حتى لو كان الفساد من تقصيره أو قصوره في المعرفة والهداية لزمه الضمان.

لنا: أن الفساد نتيجة عمل مأذون فيه؛ لأن الداخل تحت العقد العمل المصلح المدبر المثبت لوصف القصارة دون العمل المفسد المجري المخرق للثوب؛ لأن الإنسان يدفع ثوبه إلى القصار ليرتبه ويبيعنه بقصارته، والمخرق ضد المزين فالعقد على الشيء لا يتناول ضده، والفساد إنما جاء إما لجهله بالقصارة حيث ظن أنه يحتمل الثوب كذى كذى مدقه ولا يحتمل، أو المعنى في المدقة من الخشونة ونحوها أو لحصاه في طي الثوب، والتحرز عن هذه الأسباب ممكن من غير مسبقة وخرج فكان الداخل تحت العقد القصارة السالمة عن الفساد فلم يصر العمل المفسد مأذونًا فيه فيضمن قيمة هذا الجزء غير مقصور؛ لأنه لم يسلم قصارة هذا الجزء إلى الآخر وفي الحمال إذا تعثر أو عثرت دابته إن شاء ضمنه قيمته حال حمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته حيث انكسر وله من الأجر بحسابه؛ لأنه تصدى له شيئان ضمان العقد والعمل المفسد، فإن العمل المفسد أوجب الضمان باعتبار العقد من حيث إن المفسد غير داخل تحت العقد، فإنه لولا العقد لما وجب الضمان فباعتبار العقد كان له التضمين حالة الأخذ والحمل، وباعتبار الفساد كان له التضمين حالة الفساد والانكسار فيتخير كالقصار إذا استهلك الثوب، فصاحب الثوب إن شاء

ضمنه قيمته مقصورًا يوم الاستهلاك وأعطاه الأجر، وإن شاء ضمنه غير مقصور بالعقد ولا أجر له. ثم الأجير المشترك إنما يضمن ما جنت يده بشرائط ثلاثة: أن يكون في وسعه دفع ذلك الفساد، وأن يكون محل العمل مسلمًا إليه، وأن يكون المقصور مما يجوز أن يضمن بالعقد.

أما **الأول**: يجب أن يكون في وسع الأجير دفع ذلك الفساد، حتى لو غرقت السفينة من موج أو ريح أصابتها أو جبل صدمها لا ضمان على الملاح، وكذا الحمال إذا رجمه الناس فانكسر فلا ضمان عليه؛ لأن العقد لا ينعقد على ما ليس في وسعه، وكذا النزاع في الفصاد والحجام والختان لا يضمن إذا ما مات من ذلك؛ لأنه ليس في وسعه التحرز عن السراية فيتناول العقد مطلق العمل ضرورة أن لا يمتنعوا عن الفصد والحجامة مخافة السراية فيتضرر به الناس وبه فارق الحمال والأجير المشترك.

وأما **الثاني**: يجب أن يكون محل العمل مسلمًا إليه بالتخلية حتى لو كان صاحب المتاع معه أو وكيله، فإن كان راكبًا في السفينة فانكسرت بجلب الملاح أو على الدابة فعطبت لسوق صاحبها فلا ضمان عليه إلا إذا تعمد سببًا؛ لأن هذا الضمان ضمان العقد وضمان العقد لا يجب إلا بالتخلية كما في بيع العين.

قال محمد: وكذلك إذا كان رب المتاع والمكاري راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين، وهو قياس قول أبي يوسف بخلاف ما لو كان صاحب المتاع يسير خلف الدابة لا يسوقها فعطبت الدابة وهلك المتاع يضمن الأجير؛ لأن محل العمل مسلم إليه؛ لأنه سلم المتاع إليه وسيره معه خلف الدابة ليس باسترداد لما دفع إليه؛ لأن هذا السير غير ممكن من الدابة، وكيف يتمكن مما عليها بخلاف ما إذا كان راكبها أو سائقها أو قائدها؛ لأنه متمكن من الدابة فيكون متمكنا مما عليها.

وعن أبي يوسف: إذا سرق المتاع من رأس الحمال ورب المتاع معه، فلا ضمان عليه، هكذا ذكره الكرخي في (مختصره)؛ لأن صاحب المتاع لم يحل بينه وبين المتاع فلم يكن في يده، ولا يضمن الحمال باليد.

وأما **الثالث**: أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، حتى لو استأجر

دابة تحمل عبدًا صغيرًا أو كبيرًا أفلا ضمان على المكاري فيما عطبت من سياقته وقوده، وكذا لو حمل عليها المتاع والعبد فمات العبد وفسد المتاع يضمن المتاع دون العبد؛ لأن ما يجب بقتل القتيل ضمان دم، وضمان الدم لا يجب بالعقد، ألا ترى أنه يجب على العاقلة وضمان العقود لا تجب على العاقلة، ثم إنما يضمن المتاع إذا كان العبد لا يصلح لحفظ المتاع.

فأما إذا كان يصلح لحفظ المتاع لا يضمن المتاع؛ لأنه في يد العبد ويد العبد يد المولى فكان بمنزلة ما لو كان على الدابة وكيل المولى تلف من فعل أجير القصار لا متعمدًا فالضمان على القصار دون الأجير؛ لأن التلف حصل من عمل القصارة، فالأجير مأذون في عمل القصارة فيصير عمله منقولًا إلى القصار كأنه فعله بنفسه.

ولو وطئ على ثوب من القصارة فتخرق ينظر: إن كان ثوبًا يوطأ مثله فلا ضمان عليه؛ لأنه مأذون بذلك من جهة الأستاذ دلالة، فإن كان لا يوطأ مثله بأن كان رقيقًا، فإنه يضمن الأجير؛ لأنه غير مأذون ما يوطأ من جهة الأستاذ دلالة.

ولو وقع من يده سراج فأحرق ثوبًا من القصارة أو حمل شيئًا من بيت القصار بإذنه فسقط على ثوب القصارة فتخرق، فالضمان على الأستاذ لا عليه؛ لأنه مأذون فيه من جهة الأستاذ فيصير عمله منقولًا إليه كما لو دق فتخرق.

وكذلك لو استأجر رجلًا ليخدمه فوقع شيء من يده وسقط على متاع البيت فأفسده لا ضمان عليه؛ لأنه مأذون برفع متاع البيت ووضعه، فالفساد تولّد من عمل مأذون فيه فلا يضمن، وكذا لو انفلتت المدقة من يده فتخرق ثوبًا من القصارة فالضمان على الأستاذ؛ لأن هذا من عمل القصارة فيكون مأذونًا فيه.

ولو وقع على ثوب وديعة عند الأستاذ فخرقه ضمنه الأجير، وكذا في السراج إذا حرقه؛ لأنه ليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة والإذن بالعمل إنما يثبت بالإجارة فلم يكن مأذونًا بالعمل مما ليس من ثياب القصارة فلم ينتقل فعله إلى الأستاذ.

وكذلك إن أصاب آدميًا فقتله فضمانه على الأجير. وذكر في الأصل لو انقلبت المدقة فأصابت ثوبًا فضمانه على القصار ولم يفصل بين ثوب القصارة وغيره،

ومشايخنا فصلوا وقالوا: إن انقلبت ووقعت على ثوب الوديعة بعدما وقعت على ثوب القصارة يضمن الأستاذ دون الأجير؛ لأن المدق متى وقعت على ثوب الوديعة ابتداء فهذا العمل غير مأذون فيه أصلًا فضمن، وإذا وقعت على ثوب القصارة أولا، ثم انقلبت إلى ثوب الوديعة فهذا العمل مأذون فيه من جهة الأستاذ؛ لأنه أجير في حق ثوب القصارة فيكون مأذونًا فيه فانتقل هذا القدر من العمل إلى الأستاذ فكأن الأستاذ دق بنفسه ثم انقلبت المدقة إلى ثوب آخر يضمن الأستاذ دون الأجير فكذا هذا.

وكذلك على هذا التفصيل إن أصاب آدميًا، ولو مشى ضيف على بساط المضيف أو جلس على وسائده فتخرق لم يضمن.

وكذلك إن تخرق بسيفه المتقلد به؛ لأنه مأذون له في استعماله مما تولد منه لا يكون مضمونًا، ولو وطئ على آنية من الأواني ضمن؛ لأن هذا لا يؤذن في وطئه، وكذا لو وطئ ثوبًا لا يبسط مثله ولو قلّبوا إناء بأيديهم فانكسر لم يضمنوا؛ لأنه مأذون له في استعماله.

ولو جفف القصار ثوبًا على جبل فخرقته حمولة في الطريق، فالضمان على سائق الدابة؛ لأن مشي الدابة مضاف إلى السائق، ولهذا لو وطئت إنسانًا فمات يضمن السائق فما تولد من مشيها يكون مضمونًا على السائق؛ لأنه أتلف بالسوق، وإذا ساقها الراعي فتناطحت أو وطئت بعضها بعضًا فمات وهو غير مشترك؛ إن كانت لواحد فلا ضمان عليه؛ لأن أجير الواحد لا يضمن ما تجنت يده، وإن كانت لأقوام يضمن مشتركًا كان أو غير مشترك المأخوذ بحكم الإجَارة الفاسدة إذا هلك فلا ضمان؛ لأن المعقود عليه المنفعة فإنها مضمونة بأجر المثل، فأما العين أمانة في يده فلا تكون مضمونة عليه.

رد القصار عليه ثوب غيره خطأ أو عمدًا فأتلفه فمالكه بالخيار إن شاء ضمّن القصار قيمة ثوبه ورجع به القصار على المتلف ويرد عليه ثوبه، وإن شاء ضمّن المتلف ورجع المتلف بثوبه على القصار؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حق المالك.

(المنتقى): رجل دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره فجاء يطلب ثوبه فدفع إليه القصار

ثوبًا على أنه له فضاع فهو ضامن له وكل من أخذ شيئًا على أنه له فلم يكن له فهو ضامن.

ولو كان صاحب الثوب بعث رجلًا ليأخذ ثوبه فدفع القصار ثوبًا إلى الرسول فضاع، فإن كان الثوب للقصار فلا ضمان على الرسول، وإن كان لغير القصار فلرب الثوب أن يضمن أيهما شاء القصار أو الرسول وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر.

حائك عمل ثوبًا لرجل فجاء الطالب فتعلق به ليأخذه وأبى الحائك أن يدفع حتى يأخذ الأجر وتخرق في يد صاحبه لا ضمان على الحائك، وإن تخرق في يديهما فعلى الحائك نصف قيمة الخرق.

ولو كان الطعام في سفينتين مقرونتين وسيرهما معًا وحبسهما معًا ورب المتاع في إحداهما فلا ضمان على الملاح فيما هلك، وكذلك العطار إذا كان عليه الحمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الحمال؛ لأن يد صاحب المتاع ثابتة على جميع ذلك.

وعن أبي يوسف في الحمال ورب المتاع إذا حملاه ليضعاه على رأس الحمال فوقع وهلك فلا ضمان على الحمال؛ لأنه لم يسلّم إليه، فإن المتاع في يده ما لم تزل يده عنه فلم تصح التخلية.

ولو حمله إلى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال وصاحب المتاع من رأسه فوقع من أيديهما وهلك، فالحمال ضامن عند أبي يوسف وهو قول محمد أولًا، ثم رجع فقال: لا ضمان على الحمال؛ لأن المتاع قد وصل إلى يد صاحبه إلى أخذه بيده فيبرأ الحمال عن الضمان، لأبي يوسف أن يد الحمال كانت ثابتة على المتاع وكان مضمونًا عليه فلا يزول الضمان إلا بزوال يده، وبإنزالهما معًا لم تزل يد الحمال فلا يزول الضمان قال الفقيه أبو الليث في نوازله: القياس أن يضمن النصف؛ لأن المتاع، وإن كان في يد الحمال فقد سقط من فعلهما جميعًا وهو اختياره. استأجر قدرًا، فلما فرغ حمله على حمار فزلق رجل الحمار فانكسر القدر، فإن كان الحمار يطيق حمل ذلك القدر فلا ضمان عليه؛ لأن رده، وإن كان على المؤاجر إلا أن بين الناس أن المستأجر يحمل إلى المؤاجر، وإن كان لا يطيق حمله، فإنه يضمن.

ورُوي عن أبي يوسف: في القصار إذا استعان بصاحب الثوب ليدقه معه فتخرق ولا يدري من أي الدقين تخرق قال على القصار نصف الضمان.

وقال محمد: عليه كل الضمان حتى يعلم أنه تخرق من دقهما أو من دق صاحبه؛ لأن الثوب صار مضمونًا عليه بالقبض فلا يخرج عن كونه مضمونًا بالشك حتى يعلم أنه تخرق من صنع المالك.

لأبي يوسف: أنه احتمل أن التلف حصل من فعل القصار، واحتمل أنه حصل من فعل المالك، وليس أحد الفعلين بأولى من الآخر فيضاف التلف إلى فعلهما فوجب نصف الضمان على القصار.

وعن محمد فيمن دفع إلى رجل مصحفًا يعمل فيه ودفع معه الغلاف أو دفع سيفًا إلى صيقلي يصقله بأجر، ودفع معه الجفن فضاع ذلك قال يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن؛ لأن السيف لا يستغني عن الجفن والمصحف لا يستقيم إلا مع الغلاف فصار كالشيء الواحد، فإن أعطاه مصحفًا يعمل له غلافًا فضاع المصحف، أو ينقطه بأجر فضاع غلافه، أو أعطاه سكينًا يعمل له علاقًا فضاع السكين، أو ثوبًا ليرقوه في منديل فضاع المنديل، أو ميزانًا ليصلح كفته فضاع العود الذي يكون فيه الميزان لم يضمن؛ لأنه لم يستأجره لإيقاع الفعل فيه، وإنما استأجره ليعمل في غيره فلم يكن المحل محل العقد فلا يكون مضمونًا عليه. رجل دفع إلى خياط ثوبًا فقال اقطعه حتى يصيب القدم وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا فخاطه ناقصًا، فإن كان قدر إصبع ونحوه فليس بشيء؛ لأنه لا يعد نقصانًا عرفًا، وإن كان أكثر فله أن يضمنه؛ لأنه يكون نقصانًا متفاحشًا. رجل له عدل زطي وعدل هروي فقال الآخر: احمل أي هذين العدلين سبب على أنك إن حملت الزطي إلى منزلي فلك درهمين، وإن حملت الهروي فلك درهم، قال محمد: الإجارة جائزة، وإنما وقعت على أحدهما بغير عينه فأيهما حمل أول مرة فله أجره وهو متطوع في حمل الآخر وضامن له إن ضاع في قولهم جميعًا وإن حملهما جميعًا، فعليه نصف أجر كل واحد منهما، وإن هلكا في يده ضمن في قياس قول أبي حنيفة نصف كل واحد منهما وعندهما ضمن لهما جميعًا حتى يدفعهما إلى

صاحبهما، وعليه نصف أجر كل واحد منهما. رجل دفع ثوبًا إلى قصار ليقصره بأجر معلوم فجحد القصار الثوب وحلف، ثم جاء بالثوب مقصورًا فأقر به، فإن كان قصره قبل الجحود فله الأجر، وإن كان قصره بعد الجحود فلا أجر له، ولو كان هذا صباغًا والمسألة بحالها، فإن علم أنه صبغه قبل الجحود فله الأجر، وإن صبغه بعد الجحود فصاحب الثوب بالخيار إن شاء أخذ ثوبه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ترك الثوب وضمنه قيمته أبيض، ولو دفع إلى نساج غزلًا والمسألة بحالها، وإن نسج قبل الجحود فله الأجر، وإن نسج بعد الجحود فالثوب له وهو ضامن لغزل مثله.

ولو استأجر دابة ثم أنكر في وسط الطريق قال أبو يوسف: يلزمه الأجر قبل الإنكار ولا يلزمه بعد الإنكار ولا يسقط عنه الأجر في قول محمد؛ لأنه ليس للمؤاجر أن يأخذ منه في وسط الطريق فيبقى في يده في حكم الإجارة.

رجل استأجر عبدًا سنة وقبض العبد فلما مضى نصف السنة جحد أن يكون استأجره وقيمة العبد، يوم جحد ألفا درهم ومضت السنة وقيمته ألف، ثم مات العبد فالإجارة له لازمة، ويضمن قيمة العبد ألف درهم أما لزوم الإجارة؛ لأنه قد استعمله السنة كلها، فلما مضت السنة كان عليه أن يرده، فلما عجز عن رده يضمن قيمته وقد كان لزمه الأجر قبل أن يضمن فلم يجتمع الأجر والضمان في وقت واحد.

رجل دفع إلى رجل زجاجة يقطعها له بأجر معلوم فقطعها فانكسرت، وقد قال له الدافع: لا ضمان عليك إن انكسرت ينظر: إن كان هذا لا يكاد يسلم من الكسر فلا ضمان عليه، وإن كان يسلم أحيانًا وينكسر أحيانًا فهو ضامن. سمسار باع ما أمر ببيعه فأمسك الثمن عنده بأمر صاحب الحمولة فسرق الثمن لا ضمان عليه بالإجماع؛ لأنه يأخذ الأجر للبيع لا للإمساك وهو أمين بإمساكه.

(فصل)

الأجير الخاص: من يستحق الأجرة بالوقت دون العمل، كمن استأجر إنسانًا

ليخدمه شهرًا أو ليقصر معه أو ليعمل عملًا، أو بما هو في معنى الوقت بأن أجّر نفسه منه إلى مكة يستحق الأجرة بتسليم النفس في المدة، وليس له أن يؤاجر نفسه من غيره؛ لأن المعقود عليه هو المنفعة دون العمل لما بينا، وإنما يذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة، ومتى صارت منفعته مستحقة للمستأجر لا يمكن صرفها إلى عمل غيره، فلا يمكنه في تلك المدة لغيره فسمي أجيرًا خاصًا لهذا، ولا ضمان عليه فيما هلك في يده، وما هلك من عمله فلا ضمان عليه إذا لم يتعمد الفساد؛ لأن المعقود عليه المنفعة والمنفعة سليمة، وإنما العيب في العمل الذي هو سليم للمنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونًا عليه إلا إذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع إذا تعدى.

وعلى هذا تلميذ القصار وأجزاء سائر الصباغ فالضمان على الأستاذ دون الأجير؛ لأنه قد أوفى العمل الذي كان واجبًا عليه بفعل الأجير، فصار عمله مضافًا إلى الأستاذ كأنه فعله بنفسه، فيجب عليه الضمان كما لو عمل بنفسه، ولا يرجع عليهم بما ضمن؛ لأنه أجير خاص في حق الأستاذ.

(إجارة الراعي)

استأجره ليرعى غنمه بأجر معلوم كل شهر جاز؛ لأن العمل معلوم والأجر معلوم ثم الراعي لا يخلو، إما أن يكون أجيرًا واحدًا أو أجيرًا مشتركًا، وإنما يكون أجيرًا واحدًا بأن أوقع العقد على المدّة لا على العمل بأن أستأجره شهرًا ليرعى غنمه بدرهم ولم يرد على هذا فهو أجير وحده؛ لأنه أوقع العقد على المدّة لما تقدّم ذكر الوقت على العمل وقوله: "ليرعى غنمه" يحتمل أن يكون العقد على العمل، ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل المستحق على الأجير في المدّة فلم يتغير أول الكلام فبقي أجير وحده.

وكذلك لو استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرًا، وشرط عليه أن لا يرعى غنم غيره فهذا أجير وحده؛ لأنه أضاف العقد إلى الوقت لا إلى العمل.

وإن استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرًا ولم يشترط أن لا يرعى غنم غيره فهو

أجير مشترك؛ لأنه أوقع العقد على العمل لما قدم ذكر العمل على الوقت والأجير المشترك من يكون العقد مضافًا إلى العمل لا إلى الوقت، فإن كان الراعي أجيرًا خاصًا ليس له أن يرعى لغيره؛ لأنه ليس لأجير الوحد أن يؤاجر نفسه من غيره؛ لأن منفعته صارت مستحقة للأول بالعقد فلا يملك صرفها إلى غيره.

ولو أنه أجر من غيره ورعى غنم الأوّل والثاني، استحق الأجر حملًا على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء منهُ وتم؛ لأنه أوفى العمل إلى كل واحد منهما بتمامه، كما لو استأجر ظئر شهرًا ليرضع ولده، فأجّرت نفسها من آخر وأرضعت ولد كل واحد منهما تستحق الأجر كملا فكذا هذا.

ولو ماتت شاة أو أكلها سبع أو غرقت في نهر يسقيها منه فلا ضمان على الراعي؛ لأنه أمين فلا يضمن إلا بالجناية ولا ينقص من الأجر بحسابها؛ لأن المعقود عليه في الأجير الخاص المنفعة، والواجب تسليم النفس وقد سلم، ولهذا لو سلم النفس ولم يأمره بالرعي يستحق الأجر وهو مصدق فيما يرعى من الهلاك مع اليمين لأنه أمين.

ولو سلم إلى الراعي الوَحْدِ عددًا فأراد أن يزيد عليه والراعي يطيقه فله ذلك استحسانًا؛ لأن المستحق عليه الرعي بقدر ما يطيقه لا رعي أغنام بعينها؛ لأن المستحق تسليم النفس لعمل الرعي مطلقًا وليس فيه زيادة عمل حتى إن في الظئر لو أراد إرضاع صبيين بعدما استأجرها لإرضاع صبي لا يمكنه؛ لأن فيه زيادة عمل وعليه رعي أولادها ولا يسقط شيء من أجره ببيع بعضها؛ لأن المستحق عليه تسليم النفس في المدة للمدعي وقد وجد.

فأما إذا كان الراعي أجيرًا مشتركًا فحكمه حكم الأجير المشترك، وليس لرب الغنم أن يزيد فيها؛ لأن المستحق على الأجير المشترك قدر ما يسمى في العقد؛ لأنه لا يجوز العقد على غير مسمًّى.

ولو وجد الخلاف من الأجير المشترك في الأجير المشترك إلا بالإشارة إلى الأغنام أو بذكر العدد، فتعلق العقد بالمسمى فلا يستحق عليه الزيادة، ولا يلزمه رعي الأولاد وما بيع منها سقط من الأجر بحسابه؛ لأنه لم يشترط عليه رعي الأولاد.

ولو شرط عليه إن يرعى أولادها فسد قياسًا؛ لأنه لا يدري قدر ما تلده الأغنام فيكون رعي الأولاد مجهولًا، فيكون المعقود عليه مجهولًا وصح استحسانًا؛ لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة عرفًا؛ لأن العرف قد جرى برعي الأولاد مع الأمهات، ولأنه لو لم تصح هذه الإجارة يحتاج إلى فصل الأولاد رعي الأوقات وإلى راعي آخر وفيه ضرر فقلنا بصحته دفعًا للضرر عن أرباب الأغنام. راعي مشترك خلط الغنم فالقول في التمييز للراعي مع يمينه إن جهل صاحبه؛ لأنه متى عرف غنم كل واحد لا يكون هذا الخلط استهلاكًا، وهو أمين فيكون القول له كالمودع، فإن جهل هو يضمن قيمة الكل؛ لأن هذا الخلط استهلاك فصار متلفًا للغنم في حق الأرباب معنى فيضمن، كما لو خلط الحنطة بالحنطة. راعي مشترك يشترط عليه أن يأتي قسمة الميت وإلا فهو ضامن فلم يأت لم يلزم الضمان؛ لأن إتيان القسمة عمل شرط عليه فيها بعد انفساخ الإجارة؛ لأن الإجارة انفسخت في حق الميت فلا يلزمه من ذلك؛ لأنه أمين شرعًا فما مات في يده فلا يصير ضمينًا بالشرط كالمودع، هكذا ذكر في المبسوط ولم يذكر فيه خلافًا، وذكر الحاكم في مختصره أنه لا يضمن عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن؛ لأنه شرط مطابق وليس للراعي أن ينزي على الماشية بدون إذن مالكها، فإن فعل فعطب به شيء ضمنه؛ لأن الإنزاء ليس من الرعي فلم يدخل تحت الإجارة فلم يصر مأذونًا فيه، فإن نزا فحل بدون فعله لم يضمن إذا عطب؛ لأن الهلاك لم يكن بفعله، فإنه يرسله وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن؛ لأنها ليست من الأشياء التي لا يمكن الاحتراز عنه.

ندّت واحدة فخاف على الباقي أن يتبعها فلا ضمان عليه في النادّ عند أبي حنيفة؛ لأنه ترك حفظها بعذر كيلا يضيع الباقي، والأمين إذا ترك الحفظ بعذر لا يضمن، كما لو دفع الوديعة إلى أجنبي حالة الحريق الغالب، وعندهما يضمن؛ لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه، كما لو سرق وهو نائم كما هو أصلهما في تضمين الأجير المشترك، وكذلك لو تفرقت في قافلة أتباع بعضها لا غير.

ولو استأجر من يجيء بالناد فهو متبرع.

ولو ذبح الراعي شاة خوفًا عليها ضمن قيمتها يوم الذبح. قال مشايخنا: هذا إذا

كان شاة ترجى حياتها، فإن كان لا يرجى حياتها وتيقن موتها، فإنه لا يضمن متى ذبح؛ لأنه مأمور بالحفظ من جهة المالك؛ لأن الأمر كالرعي أمر بالحفظ فيلزمه الحفظ على المالك بقدر الإمكان، ولا إمكان للحفظ في هذه الحالة إلا بالذبح حتى لا يفسد اللحم كالقصاب إذا اشترى شاة وشدّ رجليه فذبحها إنسان لا يضمن؛ لأنه رضي بذبحها دلالة، بخلاف ما لو ذبح شاة للغير قد أشرفت على الموت يضمن؛ لأنه لم يوجد من المالك صنع يدل على الرضاء منه بالذبح، ودلالة حال المالك بالإذن بالذبح في هذه الحالة محتملة؛ لأنه كما يذبح المالك في هذه الحالة يترك للموت فلم يثبت الإذن بالذبح لا نصًّا ولا دلالة. راعي مشترك عطب بعض غنمه فقال المالك: شرطت الرعي لا في هذا المكان وادعاه الراعي فالقول للمالك والبينة للراعي؛ لأنه هو المدعي للإذن والمالك ينكره، وعندهما يضمن كما لو ثبت الإذن بالرعي في هذا المكان صريحًا فيعطب بعض منها ضمن عندهما وعنده لا، ولا أجر للراعي بعد الخلاف إذا سلم المال إليه؛ لأنه صار الغنم ملكًا له من وقت الخلاف فصار راعيًا ملك نفسه فلا يستحق الأجر إلا إذا سلمت؛ لأن التفاوت بين المكانين في حق الرعي يسيرٌ فاتحدا في أصل الرعي. واختلفا في الصفة، فإن الرعي في بعض الأمكنة ربما يكون أجود فكان إتباعًا بأصل المعقود عليه فاستحق الأجر، بخلاف ما لو استأجر دابة ليذهب بها في مكان كذا فذهب بها في مكان آخر وسلمت الدابة فلا أجر عليه، وإن لم يضمن؛ لأن الطرق في حق الركوب متفاوتة رب طريق يفسد الدابة بالسير فيه يومًا لصعوبته، ورب طريق لا يفسدها بالسير فيه شهرًا لسهولته فاختلفا جنسًا فاستوفى جنسًا آخر فلم يستحق الأجر، كما لو استأجر دابة للركوب فاستخدم عبده أو لبس ثوبه ولا يأخذه المصدق من الراعي، فإن أخذ فلا ضمان على الراعي؛ لأنه ليس في وسعه دفع السلطان والهلاك حصل بأمرٍ لا يمكن التحرز عنه فلا يضمن بالإجماع. جعل الإجارة لبنها أو شيئًا منها، فالإجارة فاسدة والراعي ضامن لما أصاب منها؛ لأن الأصواف والألبان الموجودة للحال مجهولة المقدار، وما سيحدث معدوم للحال وأحدهما مانع جواز الإجارة بمجموعها أولى.

(باب إجارة الظئر)

إجارة الظئر إجارتها لإرضاع الصبي بأجرة معلومة جائزة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] جوّز أخذ الأجر على الإرضاع ولأن إجارتها واقعة على خدمة الصبي وتربيته وحضانته وحفظه لا على استهلاك العين وهو اللبن مقصود بل بجعل اللبن تبعًا لهذه الأشياء، وإن كان قوام هذه الإجارة باللبن، ألا ترى أن إجارة الطاحونة المنصوبة على الماء جائزة لأنها واقعة على البيت وأدوات الرحى لا على الماء، وإن كان قوام هذه الإجارة بالماء حتى لو انقطع الماء بطلت الإجارة، فكان إجارة الظئر بمنزلة إجارة العبد للخدمة، فإن شرطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وشرطت دراهم مسماة عند الفطام ولم تصف سببًا من ذلك جاز استحسانًا من غير بيان عند أبي حنيفة.

وعندهما وعند الشافعي: لا يجوز قياسًا.

وإن بينوا كل يوم كذا طعام وكل ستة أشهر ثوب ذرعه وعرضه وصفته وجنسه كذا وضربوا له أجلًا جاز بالإجماع.

لهما: أن الأجرة مجهولة فلا يجوز.

كما لو استأجر امرأة بطعامها وكسوتها للخبز. له: أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة غالبًا؛ لأن العادة بين الناس في كل البلاد التوسعة على الأظآر والجري على موجب شهواتهن للشفقة على الأولاد، والجهالة إذا لم تفض إلى المنازعة كانت معفوًا عنها غير مانعة كما في بيع قفيز من صبرة معه فارق سائر الإجارات.

ولو استأجر امرأته ترضع صبيًا له من غيرها جاز، وإن كان منها لا يجوز خلافًا للشافعي؛ لأن إرضاع ولده منها واجب عليها ديانة؛ لأنه من أعمال البيت وأعمال البيت واجب على المنكوحة ديانة لا حكمًا؛ لأن السكن والازدواج لا يتحققان إلا بعد اجتماعهما على إقامة مصالح الزوجية وإرضاع الولد من حملها، وإنما ليس عليها إرضاع ولد زوجها لا ديانة ولا قضاء؛ لأنه ليس من أعمال زوجيتها.

ولو استأجر مطلقته لإرضاع ولده منها جاز في ظاهر الرواية؛ لأن الزوجية قد

انقطعت ومصالحها قد ارتفعت فلم يجب عليها إرضاع ولد منها فجازت الإجارة كما بعد انقضاء العدة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ما لم تنقضي عدتها؛ لأن بعض أحكام الزوجية قائم ما بقيت العدة، ولهذا استحقت النفقة كالزوجة ولا يجوز نكاح أختها وأربع سواها ولا تقبل شهادته لها.

ولو استأجر ذات رحم لإرضاع صبيه جاز؛ لأن إرضاع ولده غير واجب عليها لا ديانة ولا حكمًا. ويجوز استئجار الظئر الكافر والتي ولدت من فجور؛ لأن الكفر فساد في الاعتقاد فلا يؤثر في اللبن، بخلاف ما لو استأجر الحمقاء، فإنه يكره لأن الحمق داء في اللبن فيؤثر في فساد اللبن، فإذا غذي منه حتى يفسد عليه عقله.

ولو استأجرت الأمة الفاجرة والمكاتبة نفسها ظئرًا جاز؛ لأن الإجارة من التجارة ولو استأجر المكاتب ظئرًا جاز، فإن عجز وردّ في الرق انتقضت الإجارة؛ لأن المستأجر بعد العجز لم يبق أهلًا للتملك من كل وجه فيبطل الاستئجار كما لو مات.

وإن أجر أمته لم تنقض عند أبي يوسف، وقال محمد: تنقض؛ لأن الإجارة واقعة للمكاتب من كل وجه؛ لأن للمكاتب حق الملك وحق التصرف في اكتسابه، وليس للمولى حق التصرف فيه، ولهذا لم يملك المولى فسخ الإجارة، ويملك المكاتب فسخها فصار حق المكاتب راجحًا على حق المولى فسقط اعتبار حق المولى، فكانت الإجارة واقعة للمكاتب (وبالعجز قد زال المستأجَر) عن ملك المستأجر فبطلت الإجارة كما لو مات الآجر.

لأبي يوسف: أن الإجارة واقعة من وجه؛ لأن له حق الملك في اكتساب المكاتب، ولهذا لو تزوج أمة من كسبه لم يجز وحق المكاتب راجح على حق المولى في حق نفاذ التصرف حتى يمكنه الاكتساب. فأما فيما عداه فحكمهما سيان، ولهذا لو اشترى المكاتب منكوحة لنفسه لا يبطل نكاحه.

ولو كان الملك له من كل وجه تبطل فالإجارة تناولت حق المولى من وجه فصار مؤاجرًا من وجه كالمكاتب، فباعتباراتها تناولت حق المكاتب أوجب

انفساخها، وباعتبار أنها تناولت حق المولى أوجب بقاءها فلم تنفسخ بالشك ويجب عليها القيام بأمر الصبي فيما يصلحه من رضاعة وغسل ثيابه وما يعالج به من الدهن والريحان؛ لأن هذه الأعمال مشروطة عليها عرفًا؛ لأن العرف أن الظئر تتولى ما يحتاج إليه الصغير في إرضاعه، والمشروط عرفًا كالمشروط نصًا، فإن كان الصبي يأكل الطعام فالطعام على أهله والدهن على الظئر؛ لأن شراء الطعام للصبي غير مشروط عرفًا إنما ما تهيأ ما يحتاج إليه الصبي مشروط عرفًا.

ولو أرضعته جاريتها أو غيرها فلها الأجر كاملًا؛ لأن الظئر بمنزلة الأجير المشترك، فإن جعل العمل مقصودًا بالعقد وهو الإرضاع فكان المعقود عليه العمل، وإن كان مضافًا إلى الوقت، فإن قال استأجرتك سنة لترضع هذا الصبي فالإرضاع منها ومن غيرها سواء فيما هو المقصود منه وهي حياة الولد وكسوته فصار فعل جاريتها مضافًا إليها فيكون لها الأجر كاملًا، وكذا لو استأجرت الظئر ظئرًا فأرضعته فلها الأجر استحسانًا؛ لأن المقصود حصل كما لو أرضعته جاريتها، كالخياط استأجر أجيرًا ليخيط الثوب ويتصدق بالفضل؛ لأنها أحدثت زيادة لا على عمل منها هذا إذا لم يشترط إرضاعها بنفسها.

فأما إذا شرط إرضاعها بنفسها فأرضعته جاريتها هل تستحق الأجر. قيل: لا تستحق الأجر؛ لأن اشتراط إرضاعها نوع فائدة؛ لأنه ربما يكون لبنها أجود: وصار كالخياط والقصار إذا شرط في الإجارة عمله بيده، فعمل أجيره وغلامه لا يستحق الأجر وقيل بأنها تستحق الأجر؛ لأن اشتراط الرضاع عليها بنفسها لا يفيد؛ لأن إرضاعها وإرضاع غيرها يستويان فيما هو المقصود من الإرضاع وهي حياة الولد.

ولو تفاوتا كان يسيرًا فلا يعتبر، واشتراط ما لا يفيد يكون لغوًا فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة بخلاف الخياط والقصار؛ لأن اشتراط عمله بنفسه يفيد؛ لأن عمل الأستاذ والتلميذ يتفاوتان فاحشًا فوجب اعتباره.

ولو أرضعت بلبن الغنم فلا أجر لها ويبقى هذا إطعام وليس بإرضاع، وإن اختلفوا فقال أهل الصبي: أرضعته بلبن البهائم، وقالت الظئر: أرضعته بلبني، فالقول لها مع يمينها؛ لأن الظاهر شاهد لها وهو إيفاء المستحق عليها وهو الإرضاع، فإن

أقاما البينة فالبينة لها؛ لأن تبيينها يثبت الأجرة؛ لأنه يجعل كأنها جمعت بين إرضاعها بلبنها وبين إرضاعها بلبن البهائم، ولو ثبت كلاهما بالبينة تستحق الأجرة فكذا إذا ثبتا بالبينة العادلة.

وإذا شرطوا عليها الإرضاع في منزلهم فليس للظئر أن تخرج من عندهم إلا بعذر كمرض أو غيره؛ لأن إرضاع الصبي في منزل الأب أجود للصبي من رضاعه في منزل الظئر؛ لأنها تحتشم من الأب في منزله فتحسن في الإرضاع، واشتراط زيادة الجودة في المعقود عليه صحيح، كما لو اشترى خادمًا على أنه كاتب أو خباز، وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم إذا لم يشترطوا عليها ولها أن تخرج به إلى منزلها؛ لأن المستحق عليها العمل لا في مكان مخصوص.

ولزوج الظئر نقض الإجارة إن لم يرض؛ لأن حق الزوج سابق على حق المستأجر، فإن رضي فلهم منعه من غشيانها في منزلهم مخافة الحبل؛ لأن الدخول في منزل الغير ليس بمطلق له ولا يمنعه ألبتة في منزل نفسه؛ لأن الغشيان حق يستحق له قبل الإجارة بالنكاح، وعقد النكاح باق بعد الإجارة فيبقى حقًّا له، ولها الخروج إن آذوها باللسان لأنها تتضرر بالتصبر على الأذى، ولا يمكنها إيفاء العمل إلا بزيادة ضرر يلحقها، وهو احتمال الأذى ولهم منعها من زيارة الأقارب وزيارتهم إياها إذا أضر بالصبي، وإن لم يضر فلا لما عرف. وقع الصبي من يدها فمات أو تلف شيء من ثيابه وحليه فلا ضمان على الظئر؛ لأن الإجارة وقعت على إرضاع الصبي لا على حفظه وحفظ ثيابه فكانت مؤتمنة فيه غير أجير فيه سواء كانت في حكم الأجير الخاص أو المشترك، وتفسخ الإجارة بعذر وهو أن لا يأخذ الصبي من لبنها أو بقذفه ونفيه أو تكون سارقة أو حاملًا أو فاجرة أو يريدون سفرًا؛ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار والحيل عذر؛ لأن لبن الحامل يضر بالصبي وكذا كونها فاجرة؛ لأنها تتشاغل عن حفظ الصبي؛ ولذلك إن أرادوا السفر فأبت أن تخرج معهم؛ لأنهم يتضررون ترك الصبي وكذا إذا مرضت؛ لأن الصبي يستضر بلبنها، وإذا مات أبو الصبي لم تنقض الإجارة؛ لأن الإجارة وقعت للصبي لا للأب سواء كان له مال أو لم يكن؛ لأن المنفعة له والأجر يجب في ذمته إلا أن الأب يقضي عنه من

ماله إن لم يكن للصبي مال، ولهذا قالوا لو ظهر للصغير مال كان للأب أن يوفي الأجرة من ماله، ولو وقعت الإجارة للأب لم يكن له أن يقضي من ماله، ولو مات الصبي أو الظئر انتقضت الإجارة، ولو كان الصبي لا يأخذ إلا من لبنها؛ لأنه قد ألفها لم تجبر على ذلك ولها فسخ الإجارة.

وذكر محمد في (المنتقى): قال أجبرها على أن ترضعه بأجر مثلها؛ لأن الإجارة كما تفسخ بعذر تبقى بعذر وفي إيفاء هذه الإجارة عذر فتبقى، وجه ظاهر الرواية أن هذا العذر مما يزول من غير أن تبقى هذه الإجارة؛ لأن الصبي إذا جاع واشتد جوعه يأخذ من لبن غيرها، فإذا كان العذر مما يزول من غير بقاء الإجارة لا تبقى فأما إذا كان عذرًا لا يزول إلا ببقاء الإجارة تبقى.

ولو استأجرها لترضع صبيين كل شهر بكذا فمات أحدهما سقط نصف الأجر؛ لأنه لا يمكنها إيفاء نصف المعقود عليه وهو عمل الإرضاع فانفسخت الإجارة.

ولو استأجر ظئرين فماتت إحداهما بقيت الأخرى بحصتها فرق بين هذا وبين ما إذا مات أحد الصبيين سقط نصف الأجر، والفرق أن الظئرين ينقسم الأجر عليهما كاعتبار قيمتهما لأنهما متفاوتتان في الإرضاع كما لو استأجر دارين أو عبدين للخدمة، فأما في الصبيين فالإجارة وقعت لهما فاستحق كل واحد منهما نصف المعقود عليه والبدل إنما يستحق بقدر ما ملك من المبدل وقد ملك كل واحد منهما نصف المبدل وهو لبن الظئر فيجب البدل عليهما نصفين وليس للظئر أن تؤاجر نفسها من آخر.

ولو أجرت من آخر وفرغت ولا يعلم الأول أتمت ولها الأجر كاملًا عليهما ولا تتصدق بشيء؛ لأن الظئر في حكم الأجير المشترك؛ لأن الركن في هذه الإجارة عمل التربية والحضانة والإرضاع واللبن كالبيع فيها لما بينا إلا أنه قسمة أجير الوَحْدِ من حيث إنه أوقع العقد على المدة فليسبقه تأجير الواحد ما تم وباعتبار كونها في حكم الأجير المشترك يملك أن يؤاجر نفسها من غيره ويجب لها الأجرة كالقصار والخياط، وإذا التقط لقيطًا فاستأجر له ظئرًا فالأجر عليه وهو متطوع؛ لأنه لا ولاية له على الصغير فلا يملك شغل ذمته بالأجرة فيكون متبرعًا.

(المنتقى): رجل استأجر امرأته لترضع ابنه منها من مال الصبي فهو جائز، ولو استأجر شاة ليرضع جديًا أو صبيًا لا يجوز؛ لأن للبن البهائم قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز، وليس للبن المرأة قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز، وليس للبن المرأة قيمة فلأن تقع الإجارة على فعل الإرضاع والتربية والحضانة شرط.

(إجارة الأب والوصي والمولى والعبد ونحوه)

إجارة المولى على ثلاثة أوجه: إما أن أجر نفس الصبي أو ماله أو أجر نفسه أو ماله من الصبي.

وإذا أجر الأب أو الجد أو الوصي نفس الصبي في عمل من الأعمال فهو جائز؛ لأن له ولاية التصرف عليه من حيث التهذيب والرياضة واستعماله لمنفعة له فأولى أن يملك الإجارة عليه؛ لأنه أنفع بالصبي وأجود له.

ولا يجوز إجارة غيرهم إذا كان له أحد من هؤلاء لأنه لا ولاية له عليه، فإن لم يكن فأجره ذو رحم محرم منه وهو في حجره جاز؛ لأن له ولاية التهذيب والتأديب والاستعمال في حوائجه فيملك ولاية الإجارة عليه.

وإن كان في حجر ذي رحم فأجره أحد هو أقرب منه كصبي في حجر عمه ولد أم فأجر به الأم جاز عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز؛ لأن الولاية تستفاد بالقرابة وقرابة الأمومة لا تطلق لها ولاية التصرف إلا في حق النكاح خاصة، وإنما تنسب ولاية التصرف لولاية التهذيب والتربية إذا كان في حجره.

لأبي يوسف: أن القرابة مؤثرة في إثبات الولاية فإنها حاملة وباعثة على النظر فتثبت الولاية لحاجة الصغير، فإذا ملكه الأبعد هذا فلأن يملكه الأقرب أولى وللذي ولي الإجارة أن يقتضي الأجرة؛ لأنه من حقوق العقد متعلق بالعاقد وليس له أن ينفق عليه؛ لأنه مال الصغير وليس له ولاية التصرف في مال الصغير، وكذلك إذا وهب للصغير شيء فله أن يقبضها؛ لأن هذا نفع محض وليس له أن ينفق عليه، وإذا بلغ الصبي فهو بالخيار إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ بخلاف

الأب إن أجر عبدًا للصبي ثم بلغ فليس له حق الفسخ ومضى، والفرق أن إجارة العبد تصرف في ماله والأب ينوب عن الصغير في التصرف في ماله فلم يثبت له حق الفسخ كالوكيل عليه.

فأما إجارة نفس الصبي إنما ملكها الأب لحفظ الصغير والتهذيب لا بالولاية وإلا فالولاية باعتبار أصلها إضرار وفيها معهود به والحرية منافية لها، وولاية الحفظ والتهذيب قد انقطعت بالبلوغ.

والوجه الثاني: للأب والجد ووصيهما إجارة مال الصغير وليس لغيرهما ممن هو في حجره إجارة ماله لأية تصرف في ماله وليس لغيرهما ولاية التصرف في ماله.

ورُوي عن محمد أنه استحسن أن يؤاجروا عنده؛ لأنهم يملكون إجارة الصغير، فإذا ظهرت ولايتهم في نفسه ففي عبده أولى، وكذلك ينفقون عليه ما لا بد له منه؛ لأن في تأخير ذلك ضررًا، وكذلك أحد الوصيين يملك إجارة نفس الصبي، ولا يملك إجارة عبده عند أبي حنيفة؛ لأن من أصله أن كل واحد من الوصيين يملك التصرف في الذي يتضرر الصبي بتأخيره، والصبي يتضرر بترك الجارية؛ لأنه لا يتأدب ولا يتهذب ولا يتضرر بترك إجارة عبده، ولوصي اليتيم أن يؤاجر مدة طويلة إلا إذا انتقص من أجره مثلها ما لا يتغابن الناس فيه، كما في بيع العين.

والوجه الثالث: لو أجر الصبي نفسه أو عبده لعمل الصبي لم يجز إلا أن يكون جبر اللئيم عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز.

ولو فعل الأب جاز كما في البيع، وقد مرت في البيوع، وليس للصبي أن يؤاجر نفسه وإن عمل يجب الأجر استحسانًا، وكذلك العبد المحجور والقياس أن لا يجب الأجر؛ لأن عقد المحجور باطل وبالباطل لا يستحق شيئًا، كما إذا هلك من العمل. وجه الاستحسان: أن العبد محجور عما يضر بالمولى مأذون فيما ينفع المولى، ألا ترى أنه يملك الإنهار والاحتطاب والاحتشاش من غير إذن المولى لما فيه نفع به، فالجواز في الابتداء يضر بالمولى فوجب رده والجواز في الانتهاء ينفعه؛ لأنا إذا أبطلناه ضاعت منافعه، وإذا أجزناه تقومت منافعه من غير ضرر به، فوجب القول به بخلاف ما إذا هلك من العمل؛ لأنا متى جوزنا الإجارة يبطل ضمان العين فصار نفعه مشوبًا بالضرر فأبطلناه.

وإن هلك الصبي منه فعلى عاقلة المستأجر دينه وكون له الأجر فيما عمل قبل الهلاك، والفرق أن المستأجر صار غاصبًا للعبد كما استعمله، فإذا ضمن يملك من ذلك الوقت فصار منتفعًا يملكه فلا أجر عليه، فأما الحر لا يضمن بالغصب، وإنما يضمن بالجناية وقد صار جانيًا باستعماله إياه وضمان الجناية لا يفيد الملك في المضمون فلم يظهر أنه صار منتفعًا بتملكه فكان عليه الأجر.

(باب إجارة الرقيق)

استأجر خادمًا للخدمة كل شهر بكذا جاز ويخدمه من السَّحَر إلى ما بعد العشاء الآخرة إلى أن ينام الناس؛ لأن العرف فيما بين الناس أنهم لا يستخدمون المماليك فيما بعد العشاء الآخرة إلى السَّحَر؛ لأنهم ينامون والمستثنى عرفًا كالمستثنى شرطًا.

وهذا كما لو استأجر يومًا لعمل من الأعمال جعل ما بعد طلوع الفجر إلى ما بعد صلاة الغداة مستثنى من الإجارة عرفًا، فكذا هذا ولا يخرجه من المصر؛ لأن الظاهر أن المولى يريد استخدامه في مكان العقد؛ ولأنه يلحق بالمولى ضرر؛ لأن المستأجر له حمل ومؤنة فيلزمه مؤنة ردّه، وربما يؤدي ذلك على الأجرة ولا يكلفه الخبز والطبخ والخياطة لثوبه وعلف الدواب ونحوه، بل يكلفه بعمل البيت وخدمة أضيافه بالسواء وهذا إذا أقعده خياطًا أو يقعده خبازًا يخبز للناس؛ لأن ذلك العمل ليس من الخدمة. فأما إذا كان خياطة أو خبزًا لا بد للمستأجر منه فله ذلك؛ لأنه من أنواع الخدمة.

ولو دفع عبده إلى حائك ليعلمه النسج فاشترط عليه أن يحذقه في ثلاثة أشهر بكذا لم يجز؛ لأن التحذيق ليس بعمل معلوم، فإنه ليس له حد تعرف به الأقصى والأدنى، بخلاف ما إذا استأجره ليبيع ويشتري يومًا أو استأجره يومًا ليدربه الكدس، أو استأجره ليعمل النسج شهرًا جاز، وإن لم يكن ذلك العمل في وسعه؛ لأن هذه الأعمال معلومة في نفسها في المدة إلا أنه من غير مدة لا يجوز؛ لأن الإجارة عقد على العمل والعمل ليس في وسعه، وإذا دفع عبده إلى عامل ليعلمه عملًا على وجه الإجادة ولم يشترط واحد منهما على صاحبه آخرًا فعلى من يجب الأجر؟ ينظر في

ذلك إلى العرف إن كان عملًا يعطي صاحب العبد الأجر فالأجر عليه، وإن كان عملًا يعطي الأستاذ الأجر فالأجر عليه؛ لأن المعروف كالمشروط، كما لو دفع ثوبًا إلى قصار أو خياط ليقصر أو يخيط وجب الأجر؛ لأنه مشروط له عرفًا.

ولو استأجر عبدًا شهرين شهرًا بخمسة وشهرًا بستة فهو جائز والأول منهما بخمسة حتى لو عمل الشهر الأول دون الثاني استحق خمسة؛ لأنه قال شهرًا بخمسة انصرف إلى ما يلي الإيجاب فيتعين الشهر الثاني بستة.

ولو أجر عبده سنة ثم أعتق العبد في خلال السنة جاز عتقه؛ لأنه مالك لرقبته والعبد بالخيار إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ، وعند الشافعي لا خيار له بناء على أن عنده المنافع المعدومة جعلت موجودة فملكها المستأجر بالعقد للحال، ونفاذ العتق لا يبطل حق المستأجر في المنافع، وعندنا العقد ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والمنافع بعد العتق حدثت على ملك العبد فيصير كأن العقد بعد العتق صدر من الفضولي فيتوقف على الإجازة، فإن أجاز لم يكن له أن ينقص وأجر ما مضى للسيد وما بقي للعبد؛ لأن الأجرة بدل المنفعة والمنفعة بعد العتق حدثت للعبد فيكون البدل له وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى؛ لأن القبض من حقوق العقد فيثبت للعاقد، فإن كان المولى حين أجّر العبد استعجل الأجرة، ثم أجاز العبد بعد العتق فالأجرة كلها للسيد؛ لأن الأجرة تملك بالتعجيل، فإذا أجاز فقد تقرر حكم ذلك الملك فلا يتغيّر بالعتق.

ولو كان العبد هو الذي أجر نفسه بإذن المولى ثم عتق بعد مضي مدة للعبد حق الفسخ على ما بينا إلا أن العبد هو الذي يقبض الأجرة؛ لأنه هو العاقد.

ولو أجر المكاتب عنده ثم عجز فردّ في الرق فالإجارة باقية في قول أبي يوسف، وقال محمد: تنتقض الإجارة.

لمحمد: أن العقد أوجب حقًّا للمكاتب؛ لأنه التحق بالأحرار يدًا وتصرفًا فكان حكم العقد فيما يرجع إلى اليد والتصرف واقعًا للمكاتب، فإذا عجز انتقل إلى المولى فتعذر المضي على الإجارة كما في الوارث.

لأبي يوسف: أن قضية العقد يستدعي الوقوع للعاقد من كل وجه وقضية ملك

الرقبة يستدعي الوقوع للمولى من كل وجه، فإذا وجد في حق كل واحد منهما ما يستدعي الوقوع له من كل وجه فيقول إن عتق المكاتب قد ارتفع المعارض وثم حكم ذلك السبب فظهر أن العقد كان واقعًا له لا أن ينتقل شيء من المولى إليه، وإن عجز فقد ارتفع عقد الكتابة وثم السبب للمولى وظهر أن العقد كان واقعًا له إلا أن ينتقل شيء من العبد إليه.

(المنتقى): رجل أجر عبدًا له سنة ثم أقام العبد البينة أن مولاه أعتقه قبل الإجارة فالأجر للعبد، ولو قال العبد: إني حر وقد فسخت الإجارة فلم تقم له بينة ودفعه القاضي إلى مولاه فأجبره على العمل فأقام بينة أنه حر، وأن المولى أعتقه قبل الإجارة فلا أجر للعبد ولا لمولاه، ولو لم يقل فسخت كان الأجر للعبد كأنه أجره فرضي بتلك الإجارة، ولو كان عبد بالغ فادعى العتق وقد أجره وقال: قد فسخت ثم عمل فالأجر للغلام؛ لأنه كلقيط في حجر رجل أجره رجل آخر.

(باب ما يوجب فسخ الإجارة وما لا يوجب فسخها)

الأصل أن العيب متى حدث بالعين المستأجرة، فإن كان عيبًا لا يؤثر في اختلال المنافع لم يثبت للمستأجر خيار نحو: العبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط حائط من الدار وذلك لا يضر بالسكنى؛ لأن المعقود عليه المنفعة، فإذا لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت خيار.

وإن كان عيبًا يؤثر في اختلال المنافع كالعبد إذا مرض والدابة إذا ندّت والدار إذا انهدم بعض بنائها أو سقط حائط يضر بالسكنى فللمستأجر الخيار؛ لأن الخلل قد تمكن في المعقود عليه قبل القبض، فإن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض الدار ولكن باعتبار التمكن من الاستيفاء يصير قابضًا له حكمًا أو اعتبارًا فلا بد من استدامة التمكن من الاستيفاء، فإذا فات التمكن من الانتفاع لحدوث الخلل يثبت له الخيار، فإن شاء استوفى المنفعة مع العيب ويلزمه جميع البدل، وإن شاء نقض العقد؛ لأنه فات وصف المعقود عليه بآفة سماوية قبل القبض فلا يسقط شيء من البدل كما في بيع العين، فإن بنى المؤاجر ما سقط من الدار فلا خيار للمستأجر،

فإن العيب قد زال قبل الفسخ فسقط الخيار، فإن انهدمت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان المؤاجر حاضرًا أو غائبًا واختلف المشايخ في انفساخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الماء عن الرحى وانقطاع الشرب عن الأرض، قيل: ينفسخ العقد بهذه العوارض بدليل أنه جوّز الخروج مع عيبه المؤاجر فلو لم ينفسخ العقد واحتاج إلى الفسخ يتوقف على حضرته وذلك؛ لأن المعقود عليه وهي المنفعة قد فاتت وانعدم فانفسخ العقد وانحل، وقيل لا ينفسخ العقد، فإنه ذكر في الصلح إذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح وللمصالح أن يبني الدار ويمضي على الصلح.

ولذا رُوي عن محمد فيمن استأجر فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع، فهذا نص على أن الإجارة لا تنفسخ وهو الأصح؛ لأن أصل المعقود عليه لا يفوت بانهدام البناء؛ لأن الانتفاع بالعرصة يمكن بزوال البناء إلا أنه ناقص فكان بمنزلة العيب الفاحش وبالعيب يستحق الفسخ ولا ينفسخ وعلى هذا أن الإجارة هل تنعقد على الصحراء للسكنى قيل لا تنعقد؛ لأنه لا سكنى في الصحراء وقيل تنعقد وله الخيار؛ لأن السكنى تتحقق فيه إلا أنه ناقص.

وقال محمد: في السفينة إذا نقضت فصارت ألواحًا ثم ركبها لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر؛ لأن العقد قد انفسخ بهلاك السفينة، فإذا اعتدت صارت سفينة أخرى، ألا ترى أن الغاصب إذا غصب الألواح فجعلها سفينة ملكها، فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها فالحاصل أنه إذا انهدمت الدار وسكن العرصة لا يجب الأجر.

ولو انهدم بيت منها وسكن في الباقي لا يسقط شيء من الأجر، وكذا لو أجر دارًا على أن فيها ثلاثة بيوت، فإذا فيها بيتان يجب أن يتخير ولا يسقط شيء من الأجر.

وذكر في (المنتقى): لو أجره داره فانهدم بيت منها يرفع عنه من الأجر بحصته لكنه خلاف ظاهر الرواية، والفرق على ظاهر الرواية أن الفسخ في الإجارة فسخ العقد من وجه وامتناع من القبول من وجه؛ لأن العقد على الأجرة منعقد للحال؛ لأنها موجودة وعلى المنفعة يتحدد انعقادها ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة

فاعتبرناه فسخًا متى كان العيب يسيرًا بانهدام البعض حتى لا يملك الرد إلا بحضرة صاحبه ولا يسقط شيء من الأجر متى سكن في الباقي؛ لأن البناء بمنزلة الوصف والوصف متى فات بآفة سماوية قبل القبض لا يكون له حصة من البدل كما في بيع العين فاعتبرناه امتناعًا من القبول متى كان متفاحشًا بانهدام الكل والامتناع من القبول صحيح حال عيبه صاحبه عملًا بالشبهين حطمها ولو غُصِب بيتٌ من الدار المستأجرة سقط عنه من الأجرة بقدره.

وكذا لو أجره دارًا وسلمها إليه إلا بيتًا منها، فإنه يرفع عنه بحساب ذلك؛ لأن الفائت وإن كان وصفًا من أوصاف المعقود عليه إلا أنه فات بفعل الأحرار والأجنبي والوصف متى فات بفعل العبد فله حصة من البدل؛ لأنه يصير مقصودًا بالإتلاف كما في بيع العين، ولو استأجر دارين فانهدمت إحداهما أو حدث بها عيب أو منعها مانع فله أن يترك الأخرى؛ لأن العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار.

ولو استأجر دارًا مدة فلم تسلم إليه حتى مضى بعض المدة ثم أراد أن يسلم في الباقي فله ذلك ويخير المستأجر على القبض؛ لأن الخيار لو ثبت إنما يثبت لتفريق الصفقة في المعقود عليه والعقد كما وقع يقع متفرقًا؛ لأنه يحدث ساعة فساعة فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقًا بعقد آخر فتعذر التسليم في أحد العقدين لا يؤثر في الآخر.

(فصل)(١)

إجارة الرحى بما فيه من الأمتعة بأجرة معلومة جائز؛ لأنه استأجر ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فإن انقطع الماء فلم يعمل فله النقض، فإن لم ينقض يدفع عنه من الأجر بحسابه؛ لأن المعقود عليه وهي المنفعة قد فات فواتًا يرجى عوده فيخير المستأجر كما لو أبق العبد المستأجر للخدمة. ثم اختلفوا في تفسير قوله بحساب ذلك قبل حساب أيام الانقطاع حتى لو انقطع الماء عشرة أيام سقط حصة عشرة أيام من الأجر؛ لأنه فات منفعة الطحن عشرة أيام.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

وقيل: تقدر حصة الماء الذي انقطع دون البيت فينظر إلى بيت الرحى وهو يطحن بكم يستأجر عشرة أيام وهو لا يطحن بكم يستأجر، فإن كان وهو يطحن يستأجر عشرة أيام بعشرة دراهم ولا يطحن يستأجر بخمسة تسقط خمسة دراهم وهي حصة ما انقطع من الماء ولا يسقط ثلث المسمى؛ لأن منفعة الطحن إن فاتت نفي منفعة السكنى وربط الدواب، فإن له أن يسكن فيه ويربط فيه دوابه فيسقط من الأجر بقدر ما فات وبقي بقدر ما بقي.

والأول أصح بدليل أنه قال: إذا انقطع الماء الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا أجر عليه.

ولو كانت منفعة السكنى معقودًا عليه مع منفعة الطحن لأوجب بقدر ما تحصل منفعة السكنى، وهذا لأن الرحى لا يستأجر لمنفعة السكنى، وإنما يستأجر لمنفعة الطحن فكانت منفعة الطحن هي المعقود عليه مقصودًا، ومنفعة السكنى تدخل فيه بيعًا والبدل لا يقابل الاتباع.

ولو اختلفا في الانقطاع فلا يخلو إما أن اختلفا في قدر أيام الانقطاع، أو اختلفا في أصل الانقطاع، فإن اختلفا في قدر أيام الانقطاع، فإن قال المستأجر انقطع الماء عشرة أيام وقال الآجر خمسة أيام فالقول للمستأجر؛ لأن الأجير يدعي تسليمًا مبتدئًا بعود الماء بعد خمسة أيام، والمستأجر ينكر فيكون القول له.

وإن اختلفا في أصل الانقطاع ينظر إن كان الماء منقطعًا يوم الخصومة، فالقول للمستأجر؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الانقطاع للحال يدل على الانقطاع فيما مضى ظاهرًا، وإن كان الماء جاريًا فالقول للمؤاجر مع يمينه على علمه؛ لأن ظاهر الحال يشهد له؛ لأنه لما كان جاريًا في الابتداء وجاريًا وقت الخصومة، فالظاهر أنه لا ينقطع فيما بين ذلك.

استأجر رحًى شهرين بعشرين فيطحن فيها بثلاثين، إن كان المستأجر يقوم عليه أو أجيره طاب له الربح؛ لأن الزيادة على أجر الرحى جعل بإزاء منفعة نفسه، فإن كان رب الرحى يقوم عليه لا يطيب له لأنه ليس بإزاء الزيادة عوض فيكون ربح ما لم

يضمن إلا إن عمل المستأجر فيه عملًا أو زاد نفر الرحى أو غيره؛ لأنه يجعل الزيادة، بإزاء منفعة ما عمل أو أصلح شيئًا فلا يكون ربحًا فيطيب.

استأجر موضعًا على نهر ليبني عليه رحى جاز؛ لأنه استأجر الأرض، وإن انقطع ماء النهر فله فسخ الإجارة على الأرض؛ لأن استئجار الأرض لأجل منفعة الطحن فإذا فات منفعة الطحن كان عذرًا في فسخ الإجارة، وإن لم يفسخ حتى عاد الماء سقط حقه في الفسخ، وهل يسقط عنه الأجر بحساب ما انقطع من الماء قالوا يجب أن لا يسقط؛ لأن المعقود عليه قائم بأجمعه؛ لأن المعقود عليه منفعة وضع الماء على هذا المكان لا منفعة الطحن إلا أن المقصود من وضع هذا الماء الطحن فكان الطحن ثمرة من ثمرات هذا العقد فالأجر يقابل المعقود عليه لا الثمرة وصار كما لو استأجر حانوتًا ليتجر فأفلس فلم يفسخ حتى مضى شهر لم يسقط شيء من الأجر؛ لأن المعقود عليه قائم وهو السكنى، قلّ ماء الرحى إن كان ضررًا فاحشًا ينقض وإلا فلا؛ لأنه لا يخلو مدة الإجارة عن نقصان يسير؛ لأنه يختلف حال الماء إلى زيادة ونقصان ويصير راضيًا بذلك ويخلو عن نقصان فاحش لا يصير راضيًا بذلك وانكسار أحد الحجرين عذر، فإن أصلح رب الرحى قبل الفسخ لا يفسخ لما عرف. رجل له نهر اشترك هو ورجلان على رحى أحدهما برحى والآخر بمتاعها على أن يبنوا جميعًا البيت من أموالهم وعلى أن الكسب بينهم فهو جائز؛ لأنهم اشتركوا ليتقبلوا الأعمال فتكون شركة التقبل فيجوز، وإذا أجروا أشياء من ذلك فالأجر لصاحب ذلك الشيء وللآخرين أجر المثل لما مر في الشركة.

(المنتقى) استأجر بيت رحى ما سنة فعملت الرحى ستة أشهر، ثم انقطع الماء فسكن المستأجر حتى مضت السنة، فأراد المؤاجر بأن يأخذه بأجر السنة كلها يقسم الأجر على البيت والرحى، فيلزمه بحساب البيت في الستة الأشهر الأخيرة، وإن كان البيت ينتفع به، وإن لم ينتفع بالبيت إلا بالرحى فلا شيء على المستأجر، وإن لم يرده. وذكر أبو الليث في نوازله استأجر طاحونتين بالماء فقلّ الماء ينظر: إن كان بحال لو وصل الماء إليهما عملًا جميعًا عملًا ناقصًا، فإنه يلزمه أجريهما وله الخيار، وإن لم يعملا فعليه أجر أحدهما، فإن كان أحدهما متفاوتًا فعليه أجر أكثرهما هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر رحمه الله.

ولو أجر أرضًا من رجل ليزرع فزرعها فلم يجد الماء ليسقيها فيبس الزرع والمؤاجر يطالب بالأجر قال الفقيه أبو جعفر وأبو القاسم الصفار: إن استأجرها بغير شرب فانقطع الماء كان له الخيار، وإن استأجرها بشربها فانقطع الشرب عنها فمن يوم فسد الزرع فالأجر عنه ساقط فهذه مثل مسألة الرحى إذا انقطع الماء عنه.

(باب العذر في فسخ الإجارة)

الإجارة تفسخ بالأعذار خلافًا للشافعي؛ لأن المعقود عليه وهي المنفعة لا تعتبر مقبوضة إلا بالاستعمال؛ لأنها معدومة لا تصير موجودة إلا بالانتفاع فكان هذا عذرًا حاصلًا مثل القبض، والعذر الحاصل قبل القبض بمنزلة العيب الحادث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض إنما أوجب حق الفسخ؛ لأنه لا يمكنه المضي في موجب العقد إلا بضرر يلزمه وهو لم يرض به فثبت له حق الرد دفعًا للضرر عن نفسه، وكذلك العذر متى تحقق قبل القبض عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا بضرر يلحقه وهو لم يرض به.

ويقال للشافعي: ما تقول فيمن استأجر إنسانًا ليقلع ضرسه فسكن الوجع، أو ليقطع يده لأكلة وقعت فيها فسقطت الأكلة، أو ليهدم قصرًا له لخوف السلطان فزال الخوف؟ فلو أبقينا العقد كان في ذلك ضررٌ بيّنٌ فيضطر إلى أن الإجارة تفسخ بالأعذار، ولا خلاف فيه، وإنما الخلاف فيما يصلح عذرًا في فسخ الإجارة.

ثم إن كل عذر يمنع المضي في موجب العقد شرعًا، كما لو استأجر رجلًا ليقطع يده لأكلة ثم برأ ونحوه، فإنه تنتقض الإجارة من غير نقض؛ لأنه لا فائدة في إبقائها فتنتقض ضرورة وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعًا، ولكن لا يمكنه المضي إلا بضرر يلزمه، فإنه لا ينتقض إلا بالنقض.

ثم هل يكون قضاء القاضي أو التراضي شرطًا للنقض؟

ذكر في الزيادات: وجعل قضاء القاضي شرطًا إذا كان عذرًا يحتمل الاشتباه

كالدين الذي يحتمل أن يكون به وفاء بعين [المستأجرة][١] وكان القاضي هو الذي يحقق العذر ويزيل الاشتباه، فأما إذا كان عذرًا واضحًا فلا حاجة إلى القضاء.

وذكر في (المبسوط) و(الجامع الصغير): أن القضاء ليس بشرط بل ينفرد العاقد بالنقض وهو الصحيح؛ لأن في معنى العيب قبل القبض والرد بالعيب قبل القبض يصح بغير قضاء فكذا هذا. ثم الأعذار تتنوع إلى أنواع: **أحدها**: موت أحد عاقدي الإجارة خلافًا للشافعي؛ لأن المنافع تملك ساعةً فساعة بملك الرقبة وملك الرقبة انتقل إلى الورثة وهم لم يرضوا بالعقد. رجلان استأجرا أجيرًا فمات أحدهما انتقضت حصته؛ لأن الشيوع طرأ على العقد يبطله كالإباق الطارئ على البيع وارتداد أحد العاقدين ولحوقه بدار الحرب كموته لما عرف ومن لم يقع له العقد لم يبطل بموته، وإن كان عامدًا كالوكيل والأب والوصي والمتولي في الوقف إذا عقد ثم مات؛ لأن حكم العقد لم يقع له إنما يوجب حق الفسخ؛ لأن العقد انعقد موجبًا الاستحقاق عليه فمتى نفينا العقد كان الاستحقاق واقعًا على الوارث فيكون خلاف ما وقع العقد عليه.

وإذا مات أحدهما قبل انقضاء الإجارة وفي الأرض المستأجرة زرع ترك ذلك ويكون على المستأجر أو على ورثته الأجر المسمى؛ لأن القول بالانفساخ إضرار بأحدهما، فإنه يوجب قلع الزرع فنفينا العقد لهذه الضرورة، ولهذا وجب المسمى؛ لأن الباقي حكم ذلك العقد وذلك العقد يمكن أن يكون مضمونًا بالمسمى.

وإذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يستحصد ترك إلى بلوغ بأجر المثل لأنا احتجنا إلى تجديد عقد، فإن ابتداء الزراعة وقع بحق ومتى أمرناه بالقلع أضررنا به فتركناه في يده بأجر المثل وأثبتناه عقد المكان للضرورة بخلاف الغاصب إذا زرع، فإنه يؤمر بالقلع؛ لأن ابتداء الفعل يقع ظلمًا يجب إعدامه لا تقريره وإحكامه.

وإذا انقضت المدة وفي الأرض غرس أو رطبة يؤمر بالقلع؛ لأنه ليس لانتهائه

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المبيع.

غاية فيكون في تبقيتها إضرار بالمالك بخلاف الزرع.

والثاني: هلاك المعقود عليه وخرابه بأن غرقت الأرض أو نزت أو جف الماء عن الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى عذر وكذا تغيب المعقود عليه بأن مرض العبد المستأجر أو أبق فهو عذر، فإن لم يفسخ حتى برأ العبد أو عاد من الإباق أسقط من الأجر بقدره ويبقى العقد لازمًا في الباقي؛ لأن امتناع اللزوم كان لأجل العيب، فإذا زال العيب لزم كما في بيع العين فإنما يسقط الأجر بقدره؛ لأن التخلية إنما تكون قبضًا إذا تمكن المتملك من القبض ومتى كان مريضًا أو آبقًا لم يتمكن من القبض فلا تكون التخلية قبضًا وتسليمًا.

ويكون العبد سارقًا عذر للمستأجر لا للآجر؛ لأن السرقة توجب نقصانًا في الخدمة؛ لأنه لا يأتمنه على ماله ويتعسر عليه ملازمته كل ساعة وأوان فكان هذا عيبًا في المعقود عليه.

العبد ليس بحاذق للعمل ليس بعذر وفساد عمله عذر؛ لأن الحذاقة بمنزلة الجودة وليست بعيب ولم يشترط ذلك فلا يعتبر حقًّا له.

فأما الفساد فعيب في المعقود عليه فيكون عذرًا.

ولو مرض الأجير وهو يعمل بنفسه فهو عذر، وإن كان يعمل بأجرائه فلا.

والثالث: إذا لحقه دين قادح لا يمكنه القضاء إلا من ثمنه فهو عذر؛ لأن في بقاء العذر ضررًا غير مستحق بالعقد يحبس في الدين، ولو فسخ لا يتضرر المستأجر؛ لأنه يعود إليه الأجر فكان الفسخ أولى، وهذا إذا كان الدين على الآجر ظاهرًا، وإن لم يكن ظاهرًا لكن أقر بدين لرجل فهو عذر، وله أن يفسخ الإجارة عند أبي حنيفة.

وعندهما: أن صدقة المستأجر في إقراره فكذلك وإن كذبه ليس له أن يفسخ الإجارة.

لهما: أن الإقرار إخبار وهو يحتمل الصدق والكذب فيظهر المخير في حق المجبر لا في حق غيره لكونه منهما في حق غيره فلا يملك الفسخ، كما لو أقر بالمستأجر لإنسان لا يصدق في حق المستأجر، وكذا إذا أجّرت المرأة نفسها ظئرًا

ثم أقرت بالنكاح لرجل ليس له فسخ الإجارة فكذا هذا. له: أنه أقر بما يملك انشائه واستيثاقه فملك الإقرار به؛ لأنه لو باشر سبب وجوب الدين عليه صح، ويملك فسخ الإجارة فلا يكون منهما في الإقرار به فيظهر الوجوب في حق المستأجر كالمطلّق إذا قال في العدة كنت راجعتها يصدق، وكذا الوكيل بالبيع إذا قال قبل العزل كنت بعت يصدق فكذا هذا بخلاف تلك المسائل لأنهم لا يملكون إنشاءه فكانوا متهمين في الإقرار به، وبخلاف المريض مرض الموت، فإنه يملك إنشاء الدين بالشراء والتزويج، ولا يملك الإقرار به؛ لأنه يعلق حق عزما الصحة بما له فالإقرار يلاقي محلًا تعلق حق الغير به فلم يصح.

ولو أراد المؤاجر السفر أو التحول من المصر أو احتاج إلى سكناه ونحو ذلك فليس بعذر؛ لأنه يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحقه ومسافرة المستأجر أو القيام عن السوق بدين أو إفلاس عذر في نقض إجارة الحانوت؛ لأنه لا يمكن حجزه عن السفر؛ لأنه يضره ضررًا غير مستحق بالعقد، وليس له أن يسافر بالعبد المستأجر حتى يستخدمه؛ لأنه خدمة السفر أعظم وأشق من خدمة الحضر، وكذلك إرادة التحول من تلك البلدة أو إلى تجارة أخرى عذر؛ لأن التجارة ربما تلحقه فيها خسران والعمل بالأمرين بنفسه متعذر فجعل عذرًا.

ولو اكترى دابة إلى سفر ثم بدا له أن لا يسافر أو مرض فهو عذر، ولو أراد الحمال أن يقعد أو مرض فليس بعذر، والفرق أن خروج الأجر معه ليس بمستحق عليه، فإنه يمكنه أن يغنم غيره مقام نفسه؛ لأنه إنما استأجرها ليركبها فتكون بدل السفر منه عذرًا، وإن قال الحمال: إنه لا يريد بدل السفر ولكنَّه يريد فسخ الإجَارة قال له الحاكم: انتظره حتى إذا خرج قعد الحمال معه وكذا إذا قال صاحب الدابة؛ لأنه لا يريد السفر ولكن يريد فسخ الإجارة حلفه الحاكم على أنه عزم على ترك السفر.

وكذا لو خرج من المصر ثم عاد يحلف أنه خرج قاصدًا إلى ذلك الموضع الذي ذكر. فالحاصل أن كل ما يدخل على المستأجر ضررًا في بدنه أو ملكه فله أن يفسخ نحو أن يستأجره ليقصر له ثيابًا أو يقطعها أو يخيطها أو ينقض دارًا أو يحدث

شيئا من بناء أو تجارة أو حفر أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضًا ثم بدا له أن لا يفعل؛ لأنه يلحقه ضرر في إيفاء العقد، فإن في بعضها استهلاك المال، وفي بعضها ينقص. استأجر دابة فعطبت إن كان بعينها فهو عذر وإلا فلا؛ لأنه إذا عين الدابة فالمعقود عليه منفعة دابة بعينها، فإذا هلكت لا يمكنه استيفاء المعقود عليه فيبطل العقد، وإذا لم يعين الدابة فالمعقود عليه فعل الحمل لا عين الدابة، والدابة آلة لا ما استحق عليه بالعقد، فإذا هلكت بقي الحمل واجبًا عليه كما في الابتداء. مات رب الإبل في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها وعليه الكرا حتى يأتي مكة فيدفع ذلك إلى السلطان قالوا: هذا إذا كان في مفازة بحيث لا يقدر على سلطان ويخاف القطع لو لم يركبها وهو استحسان؛ لأن الإجارة تبقى بالعذر كما تفسخ بالعذر وهنا وجد الناقض للإجارة إلا أنه لم يعمل عمله في النقض للعذر وهو خوفه على نفسه وماله ويستباح بملك الأعيان بعوض هذا العذر فلأن يستباح بملك المنافع بعوض بهذا العذر أولى، ثم ينظر القاضي ما هو الأصلح، فإن رأى بيع الحمل وحفظ الثمن للورثة فعل وإن رأى إمضاء الإجارة إلى الكوفة فعل، فإن كان المستأجر ثقة فالأفضل إمضاؤها، وإن كان غير ثقة فالأفضل فسخها، فإن فسخ وهو أمام البينة على توفير الكراء رد عليه بحساب ما بقي. أنفق على الإبل شيئًا لا يحسب له إلا إذا كان بأمر القاضي وأقام البينة على الإنفاق.

(**النوادر**): ورُوي عن أبي يوسف في امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الحمّال أن يقيم معها مدة النفاس فهذا عذر؛ لأنه لا يمكنها أن تخرج وينزل الطواف ولا يمكن إخبار الحمال على المقام مدة النفاس؛ لأنه إضرار به فيفسخ لمكان الضرورة، وإن كانت ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل يجبر الحمال على المقام معها؛ لأنه قد جرت العادة بالمقام بعد الفراغ من الحج هذا القدر.

(**المنتقى**): ورُوي عن محمد فيمن استأجر أرضًا يزرعها شيئًا قد سمّاه فزرعها وأصاب الزرع آفة فأفسدته وقد ذهب وقت زراعة ذلك الزرع قال إن أراد أن يزرع ما هو أقل ضررًا من الأول أو مثله فله ذلك وإلا فسخت الإجارة وألزمته أجرة ما

مضى؛ لأن في تبقيته مع فوات المقصود وهو الذي شرط في العقد إضرارًا به. استأجر أرضًا بيضاء بشربها وسمى الشرب وقال: هو نصف قناة كذا فكان الشرب أقل مما شرط له فله الخيار إن شاء أخذ، وإن شاء ترك إلا أن يكون بعض لا ينتفع به فلا خيار له. وذكر الحسن رجل تكارى من رجل إبلًا من الكوفة إلى بغداد ثم اشترى بعيرًا أو دابة قال هذا عذر.

(باب إجارة الحَمَّام)

وإجارة الحمام جائزة لتعامل الناس، فإنهم توارثوا استئجار الحمام من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير.

حمام للرجال وحمام للنساء، وإن سمى في كتاب الإجارة حمامًا، وذكر حدودهما فهو فاسد قياسًا؛ لأنه استأجر واحدًا مجهولًا؛ لأن الحمام اسم للفرد فكان المستأجر أحدهما لا بعينه وجائز استحسانًا وله الحمامان؛ لأن البينة ثابتة بالتحديد حقيقة، فإنه حددهما وثابتة باعتبار التسمية مجازًا؛ لأن الحمام يذكر في العرف باسم الفرد ويراد به البينة، فإنه يقال حمام فلان، وإن كانا حمامين لكون مرافقهما مجتمعة فيرجح جانب الجواز ومرمة الحمام على الآجر؛ لأنه لا يتهيأ الانتفاع إلا بها كما في مرمة الدار.

اشترط المرمة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأنه شرط لا يلائمه العقد وفيه يقع للآجر.

أذن له في نفقة شيء معلوم من الأجرة يجوز؛ لأن الأجرة غير واجبة حالة التوكيل فلم يكن أمرًا يصرف الدين إلى المجهول بخلاف ما لو قال: أسلم ما لي عليك من الدَّين؛ ولم يعين المسلّم إليه لا يجوز عند أبي حنيفة؛ لأن الدين واجب حالة التوكيل فقد أمره بصرف ما عليه من الدين إلى مجهول فلم يجز، كما لو قال: أدِّ ما لي عليك رجلًا من الناس حتى لو كانت الأجرة واجبة وقت التوكيل يجب أن لا يجوز على قول أبي حنيفة ما لم يعين الأجراء أو باعة الآلات فالقول للآجر؛ لأنه لم ينفق مع يمينه على عمله.

وإن شرط أنه أمين في الإنفاق؛ لأنه ضمين للأجر شرعًا فلا يصير أمينًا بالشرط؛ لأن حكم الشرع لا يتغير بالشرط.

ولو نصب عدلًا لأخذه وإنفاقه فأقر العدل بقبضه برأ المستأجر؛ لأن العدل أمين؛ لأنه جعله أمينًا إلا أن يكون كفيلًا بالأجر فيكون كالمستأجر ولا يمنعه الآجر من وضع سرقينه وبئر الماء وإن لم يشترط؛ لأنه من مرافق الحمام ومرافق المستأجر تدخل تحت الإجارة من غير شرط؛ لأنه لا يتهيأ الانتفاع به كما يدخل الطريق والشرب ومسيل الماء في إجارة الأرض والدار وعلف الحمام ورماده عند مضي المدة للمستأجر ويؤمر بالنقل؛ لأن القول في المنقول قول المستأجر إذا لم يعرف كونه في يد المدعي.

وأما الرماد صار مشغولًا من جهة المستأجر فعليه تفريغه كما لو كان مشغولًا بأمتعة، ولو أنكر المستأجر كون الرماد من فعله فالقول له؛ لأنه يدعي عليه تفريغ هذا المكان وتسليمه وهو منكر فيكون القول للمنكر، ولو امتلأ مسيل ماء الحمام فعلى المستأجر تفريغه، ولو امتلأت البالوعة من جهة المستأجر فعلى الأجير تفريغه، والفرق أن تفريغ مسيل الماء ممكن من غير نقض شيء من البناء؛ لأنه لا يكون مخصصًا مسقفًا يمكن بنفسه بالدخول فيه.

فأما بئر البالوعة لا يمكن تفريغه وتنقيته إلا بنقض شيء من البناء ولا يملك المستأجر نقض شيء من البناء، وإنما ملك رب الدار فجعل تفريغه عليه. اشترط على المستأجر نقل العلف والرّماد لا يفسد الإجارة؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد.

ولو شرط ذلك على رب الحمام فسدت الإجارة؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد استأجر حمامين سنة كل شهر بكذا فانهدم أحدهما قبل القبض فله ترك الباقي؛ لأن الصفقة تفرقت عليه قبل التمام فله الخيار كما في البيع، بخلاف ما لو استأجر حمامًا سنة فلم يسلم إلى المستأجر إلى شهرين ثم سلم في الباقي فأتى المستأجر فإنه يجبر على قبضه؛ لأن ثَمّ الصفقة تفرقت في حق المنافع لا في حق العين وتفرق التسليم في حق المنافع لا يثبت خيارًا؛ لأنه لم يستحق على الآجر تسليم

المنافع جملة؛ لأنه ليس في وسعه ذلك، وإنما استحق عليه تسليمه متفرقًا على حسب حدوث المنافع.

أما هُنَا استحق على الآجر تسليم العين جملة وقد تفرق تسليم المستحق على المستأجر قبل التمام فيثبت له الخيار، وإن انهدم بعد القبض فالباقي لازم بحصته؛ لأن الصفقة تفرقت بعد التمام في حق الغير، وقد استحق عليه تسليمه جملة فتفرقه يوجب الخيَار، وفي حق المنافع تفرقت قبل التمام إلا أنّه لم يستحق على الآجر تسليم المنافع جُملة، وكذلك يتبين شارعين ليبيع فيهما. استأجر حمامًا وعبدًا ليقوم على الحمام فانهدم الحمام بعد قبضها فله ترك العبد؛ لأنه عجز عن استعمال العبد فيما استأجره له؛ لأنه استأجره ليقوم في هذا الحمام وصار كما لو استأجر دكانًا ليتجر فيه فأفلس.

وإن هلك العبد فليس له ترك الحمام لأنه لا يوجب خللا في منفعة الحمام، ويمكنه استعمال الحمام فيما استأجره عليه بآخر أو بنفسه، وإن كان استأجره لا ليقوم عليه لم يكن له تركه لما عرف. ضاع ثوب الداخل فلا ضمان على الحمامي، لأنه مودع في حفظ الثياب، والمودع لا يضمن إلا بالتعدي.

دخل بدانق على أن ينوره صاحب الحمام أو بفلس على أن يغتسل فهو فاسد قياسًا؛ لأن قدر النورة والماء مجهول، وكذلك وقت مكثه ومقامه وجائز استحسانًا للعرف والتعامل؛ ولأنه لا سبيل إلى تقديره بمقدار معلوم فأدت الضرورة إلى جوازه.

استأجر حمامًا بغير قِدْرٍ والقدر من آخر فانكسر القدر، شهرًا فأجرُ الحمام لازم دون أجر القدر؛ لأنه متمكن من الانتفاع بالحمام بعد انكسار القدر، فإنه يمكنه أن يستأجر قدرًا آخر أو يشتريه فينتفع به، ولما لم يبق متمكنًا من الانتفاع بالقدر بعد انكساره فلا تجب الأجرة.

ولو استأجر حمامًا شهرًا فعمل فيه من الشهر الثاني فلا أجر عليه في الشهر الثاني؛ لأنه غاصب.

ورُوي عن أصحابنا: أن عليه أجر الشهر الثاني، وهكذا رُوي في الدار وعليه

الفتوى؛ لأن الظاهر من حاله أنه ينتفع بأجر وجرى التعارف كذلك فتنعقد الإجارة في الشهر الثاني بالتراضي للتعارف.

وحُكي عن الكرخي ومحمد بن مسلمة أنهما كانا يوقعان بين الروايتين وقالا ما قال: لا يجب الأجر، محمول على دارٍ وحمام لم يعدا للاستعمال والحمام قد بني لا للاستعمال لكن لحاجة نفسه ثم أجره شهرًا أو سنة لعارض فلا أجر على الساكن في الشهر الثاني؛ لأنه لم يثبت العقد في الشهر الثاني لا نصًا ولا عرفًا، فأما إذا كان معدًّا للاستعمال، فإنه يجب الأجر؛ لأن العقد في الشهر الثاني يثبت عرفًا إن لم يثبت نصًا والثابت عرفًا كالثابت نصًا.

(باب الحقوق في الإجارة)

عمارة الدار وإصلاح مجاريها والبالوعة وكل شيء يكون تركه مضرًّا بالسكنى على رب الدار؛ لأن ما يوجب نقصان المنفعة كان في ضمان الأجر ولا يجبر عليه وللمستأجر أن يخرج إذا لم يعمل؛ لأنه عيب حصل في المعقود عليه فلا يجب على المالك إزالة العيب وللمستأجر أن لا يرضى بذلك ومتى فسخ يزول حقه عن المنفعة ويحصل له الأجر والعين فوق المنفعة وفي الجبر إزالة ملك الآجر عن العين فكان ضررًا لآخر في الجبر أكثر.

وإن كان استأجرها كذلك ورآها فلا خيار له؛ لأنه عقد مع العلم بالعيب فيكون راضيًا بالعيب، وإصلاح بئر الماء وتنقية البالوعة الممتلئة من فعل المستأجر فعلى رب الدار استحسانًا والتراب والرماد المجتمعة في الدار من سكنه فعلى المستأجر إخراجه والفرق أن تفريغ البالوعة بمعنى المرمة والعمارة؛ لأنه لا يتوصل إلى إصلاح ذلك إلا بنقض البناء وتخريبه وتجديد البناء ثانيًا والمرمة على صاحب الدار لأنها إصلاح ملكه.

فأما تفريغ الدار عن التراب ليس من المرمة بل هو مانع من التسليم؛ لأن كونه مشغولًا بكناسته مانع من التسليم كما لو كان مشغولًا بقمامته وأثاثه فعليه التفريغ ليمكنه التسليم، ولأن الانتفاع بالمجاري من حيث الأجر أو بالخلاء من حيث

التخلي فيه لا يحصل إلا من هذا الوجه فكان الانتفاع مستحقًّا بالعقد فلم يجب عليه نقله.

فأما جمع الكناسة والرماد ليس من باب السكنى والانتفاع فيلزمه دفعه دفع المفتاح إليه فاستأجر حدادًا ليفتحه فعلى المستأجر أجره؛ لأنه هو العاقد.

ولو انكسر القفل من معالجة الحداد فعلى الحداد ضمانه؛ لأنه أجير مشترك حيث يده ولا ضمان على المستأجر إذا انكسر من معالجته؛ لأنه مأذون من مالكه وإخراج الأجر من الأتون والخبز من التنور على الأجير؛ لأنه من تمام العمل وتسريح اللبن على الآجر عند أبي حنيفة لما مر أن العمل يتم بدون التسريح الرّبيل واللبن على رب اللبن دون اللبّان؛ لأن في العرف هذه الأشياء تكون من عند رب الدار بخلاف آلة القصارة والخياطة على الخياط والقصار؛ لأنه مشروط على العامل بحكم العقد؛ لأنه لا يمكنه العمل إلا بذلك، وإن شرط رب الدار الربيل وآنية الماء على المنقل فهو عليه؛ لأنه لا عبرة بالعرف متى جاء الشرط بخلافه.

(المنتقى): والماء على رب الدار إن كان بعيدًا من الدار؛ لأن العرف أن رب البيت هو الذي يحمل السقائين إذا كان الماء بعيدًا، وإن كان قريبًا منه أو في الدار فعلى المتقبل؛ لأن بلّ الطين مشروط عليه وعلى البناء بل الطين ونقله على الحائط؛ لأنه من أعمال البناء إلا أن يكون مكانًا بعيدًا خارجًا من العادة فيكون بالخيار إذا علم ذلك؛ لأنه تعين عليه مقصوده فيتخير كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبًا يخير وكذا هذا، وعلى الطباخ إخراج المرقة إن كان ذلك في عرس، وإن كان طبخ قدرًا لصاحبه فليس عليه إخراجه للعرف والعادة والسلوك على الحائك والدقيق على رب الثوب دون الحايك، فإن كان أهل بلد يعملون على غير هذا فهو على ما يعاملونه والإكاف والسرج على رب الدابة والحبل والجوالق واللجام على أهل تلك الحمولة. وذكر الحسن إن كان يحمل على ذوات المكاري فالجوالق والحبل عليه، وإن كان يحمل على عنقه أو على ذوات المستأجر فهو على رب الحمل. رجل تكارى دابة فحمل عليها حنطة فهل على المكاري أن يدخلها منزله، قال أبو حنيفة: على ما يفعله الناس ويتعاملون عليه.

وقال أبو يوسف: هذا حسن، فإذا أراد أن يصعد إلى سطح أو غرفة فليس عليه ذلك إلا أن يكون اشترطه، وذكر أبو الليث في نوازله وكري نهر رحى الماء على المؤاجر؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بالرحى إلا بالماء والماء لا يجري إلا بكري النهر إلا أن يكون شرط الكري على المستأجر.

وسئل محمد رحمه الله عمن استأجر قصارًا ليقصر له الثوب قال: أستحسن أن يكون حمل الثياب على القصار إلا أن يكون القصار قد اشترط على رب المال يسلم عبده إلى عامل، قال أبو حنيفة: كل شيء هو له حمل ومؤنة كرحى اليد ونحوه فعلى الآجر مؤنة رده؛ لأن منفعة قبضه عائدة إليه معنى؛ لأنه بمقابلته عوضًا وهو الأجر وما لا حمل ومؤنة له كالثياب والدواب فعلى المستأجر.

(باب الإجارة لحفر القبور والآبار والقناة [ونحوها][1])

استأجر حفارًا ليحفر له بئرًا يجوز أن يبين طولها وعرضها بأجر مسمى وإلا فلا وفي القبور نحو رواق لم يبين الطول والعرض؛ لأنه معلوم عرفًا فيجب بأوسط ما يعمله الناس. وحدُّ باطن الأرض أشد عملًا ليس له الترك؛ لأن الأرض لا تكون على صفة واحدة فمتى أمكنه الحفر إلا أنه يلحقه زيادة تعب ومشقة، فإنه يجبر على إيفاء ذلك، فإن تعذر الحفر يكون عذرًا؛ لأنه عجز عن الوفاء بما ضمن بالعقد شرط كل ذراع في السهل بدرهم وفي الجبل بدرهمين وفي الماء بخمسة دراهم جاز؛ لأنه بين لكل عمل أجرًا فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى قطيعًا من الغنم كل شاة بدرهم، ولا يعرف عدد الأغنام فالبيع فاسد لجهالة الثمن وهنا الأجر مجهول وجاز العقد، والفرق أن في البيع الثمن مجهول حالة وجوبه، فإن الثمن يجب بنفس البيع وهنا الأجر معلوم حال وجوبه؛ لأن الأجر يجب بالعمل لا بنفس العقد وبالعمل يصير جميع الأجر معلومًا لا بالعرف بأي قدر حفر في السهل أو الجبل فجاز كما في خياطة الرومية والفارسية. وهنا مسألة يسألُ العوام عنها وهي ما إذا استأجر رجلًا ليحفر له حوضًا عشرة في عشرة بعشرة دراهم وبيّن عرضه وعمقه فحفر خمسة في

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وغير ذلك.

خمسة ماذا يجب له من الأجرة فالواجب درهمين ونصف؛ لأنه أوفى ربع العمل؛ لأن عشرة في عشرة في المذروعات باعتبار الضرب مائة وخمسة في خمسة يكون خمسة وعشرين، وخمسة وعشرون من مائة ربعها فقد أوفى ربع العمل فكان له ربع الأجر.

استأجر قومًا ليحفروا سردابًا وبين عرضه وطوله إلا أن بعضهم عمل أكثر مما عمل الآخر فالآخر مقسوم على عدد رؤوسهم؛ لأن التفاوت بين الأجر في عمل واحد يسير لا يعتبره الناس فسقط اعتباره، فإن لم يعمل واحد منهم لمرض أو لعذرٍ إن لم يشتركوا في تقبل العمل فلا أجر لمن لم يعمل؛ لأنه لم يوف نصيبه من العمل لا بنفسه ولا نيابة؛ لأنه لم يسبق منه استعانة من أصحابه وهو عقد الشركة فلم تقع الزيادة على نصيبهم للمريض فوقع لصاحب السرداب، وإن اشتركوا في تقبل هذا العمل فلهم جميع الأجر؛ لأن زيادة العمل على نصيبهم واقع للمريض بحكم الاستعانة لأنهم إنما يعقدون عقد الشركة في تقبل الأعمال حتى إذا عجز أحدهم عن العمل يعينه الآخر.

استأجره ليحفر قبرًا يدفن فيه ميت قبل أن يأتي بجنازته فلا أجر له؛ لأنه لم يسلم إليه.

وحثو التراب ليس على الحافر، وإنما هو كبس له فلا يكون مشروطًا عليه وفي الاستحسان ينظر إلى عرف تلك البلدة، فإن كان عرفهم أن الأجير هو الذي يتولى الحثو يجبر عليه؛ لأن المعروف كالمشروط وإلا فلا.

ووضع الميت ونصب اللبن وتطيين القبر ليس عليه؛ لأنه لا يكون هذا العمل مشروطًا شرطًا ولا عرفًا إلا إذا كان في بلدة يلي الأجير ذلك بنفسه يجبر عليه؛ لأن هذا العمل مشروط عليه عرفًا.

استأجره ليحفر له قبرًا ولم يبين في أي المقابر يحفر إن حفر في موضع يدفن فيه أهل ذلك نجيز الأجر استحسانًا، وفي موضع آخر لا إلا إذا دفن في حفرته؛ لأن مكان الحفرة معلوم عرفًا؛ لأن لكل محلة مقبرة خاصة يدفن ميتهم فيها والمعروف كالمشروط.

لم يسموا لحدًا ولا شقًّا إن كانت بلدة الغالب فيها اللحد يحمل على اللحد وبخلافه على خلافه؛ لأن المعروف كالمشروط.

شرط تجصيصه وآجره من عند الأجير ولم يره، فإن كان لبن ذلك البلد وآجره متفقا جاز وإلا فلا؛ لأن الجص والآجر مجهول القدر ومن عند المستأجر يجوز استحسانًا؛ لأن عدد الآجر معلوم عرفًا؛ لأنه لما أراه عرضها وعمقها صار عدد اللبن والآجر والجص معلومًا فيما بين أهل تلك الصناعة والمعروف كالمشروط.

استأجره ليبني له حائطًا بالآجر والجص وأعلم طوله وعرضه جاز؛ لأن الإجارة وقعت على عمل معلوم ببدل معلوم.

ولو سمى كذا كذا آجرًا من هذا وكذا جصًا من هذا ولم يسم الطول والعرض يفسد قياسًا؛ لأن جهالة مقدار الطول والعرض يوقعهما في المنازعة؛ لأن العمل مما يتفاوت بالطول والعرض ويجوز استحسانًا؛ لأنه لما تبين عدد الآجر وكل الجص لعلم أهل تلك الصناعة مقدار طوله وعرضه على ما عليه عرف أهل تلك البلدة في الأبنية ولأنا جوزنا هذه الإجارة مع الجهالة لتعامل الناس فإنهم لا يعلمون تقدير الحيطان في الطول والعرض، وإنما يعرفه البناؤون.

ولو سمى كذا كذا آجرة أو لبنة ولم يسم الملبن ولم يره إياه يجوز استحسانًا إذا كان لأهل تلك البلدة ملبن واحد وغالب عملهم على ملبن واحد فينصرف مطلق الاسم إليه عرفًا، وإن كانت ملابنهم مختلفة ولم يغلب استعمالهم لواحد فالإجارة فاسدة؛ لأن جهالة اللبن توجب المنازعة.

(باب اختلاف المؤاجر والمستأجر في الإجارة)

ولو اختلف المؤاجر والمستأجر فلا يخلو إما أن اختلفا في المستأجَر أو في الأجرة، وكل وجه لا يخلو إما أن اختلفا في أصله أو نوعه أو قدره.

أما إذا اختلفا في أصل المستأجر فقال المؤاجر: المستأجَر هذا، وقال المستأجر لا بل هو هذا، فإن كان في المدة تحالفا؛ لأن الإجارة بيع المنفعة فيعتبر بيع العين،

وفي بيع العين يتحالفان إذا اختلفا قبل القبض فكذلك في بيع المنفعة والاختلاف هنا وقع قبل قبض المنفعة فيتحالفان.

وإن اختلفا بعد انقضاء مدة الإجارة فالقول قول المستأجر مع يمينه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وعند محمد لم يمنع التحالف في بيع العين لكن يمنع التحالف في بيع المنفعة؛ لأن في بيع العين إنما لم يمنع التحالف؛ لأنهما إذا تحالفا وتعذر الرد لمكان الهلاك وجب رد القيمة وهنا إذا تحالفا وانفسخ العقد بقيت المنافع مستوفاة من غير عقد فلا يكون لها قيمة فتعذر رد القيمة وامتنع التحالف.

وإن اختلفا في نوعه، فإن دفع ثوبًا إلى صباغ فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه بعصفر، وقال الصباغ: أمرتني أن أصبغه بزعفران، فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأنه أقر بسبب الضمان وهو الصبغ في ثوب الغير ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن من جهة صاحب الثوب وأنكر صاحب الثوب الإذن والبراءة فيكون القول له، كما لو قال قطعت ثوبك أو هدمت جدارك بإذنك وأنكر صاحب المنزل وأنكر الصباغ دفع الثوب إليه فشهد شاهد أنه دفع إليه الثوب ليصبغه أحمر وشهد آخر ليصبغه أصفر لا يقبل.

وكذلك لو اختلفا في الحمولتين شهد أحدهما أنه استأجرهما ليركب وشهد الآخر أنه استأجرهما ليركب ويحمل لا يقبل لأنهما شهدا بعقدين مختلفين؛ لأن العقد على الركوب غير العقد على الركوب والحمل وكذلك على الصبغ.

وإن اختلفا في مقدار المعقود عليه بأن أقام المستأجر البينة أنه أكراه دابتين بأعيانهما بعشرة دراهم إلى بغداد، وأقام المؤاجر بينة أنه أكراه إحداهما بعينها بعشرة دراهم إلى بغداد، فإنه يقضي بإجارة دابتين بعشرة دراهم إذا اتفقا في جنس الأجرة وإن اختلفا في جنس الأجرة بأن أقام صاحب الدابة بينة أنه أكراه إحداهما بدينار إلى بغداد وأقام المستكري بينة أنه استكراهما بعشرة دراهم إلى بغداد، فإنه يقضي بإجارة الدابتين إلى بغداد بدينار وخمسة دراهم إذا كان أجر مثلهما سواء والفرق أنهما إذا أنفقا على الإجارة فبينة صاحب الدابة لا تثبت شيئًا؛ لأن الأجرة ثابتة

باتفاقهما وهي العشرة فردت بينته وبينة المستأجر قامت على إثبات إجارة دابة أخرى فإنها غير ثابتة فكانت بينته مبينة فقلت: فأما إذا اختلفا في جنس الأجرة فبينة كل واحد منهما تثبت زيادة فتقبل بينة كل واحد منهما فيما يدعي من الزيادة؛ لأن صاحب الدابة يدعي إجارة دابة واحدة بدينار والدينار غير ثابت بإقرار المستكري، والمستكري يدعي إجارة دابتين إحداهما بخمسة دراهم وأنها غير ثابتة بإقرار صاحبه فثبت إجارة الدابتين عملًا بالبينتين كما في البيع.

وأما القسم الثاني إن اختلفا في أصل الأجرة فقال رب الثوب للقصار: عملت لي بغير أجر، وقال القصار: لا بل عملت لك بأجر، فإن اختلفا قبل العمل يتحالفان؛ لأن كل واحد منهما مدعٍ من وجهٍ ومنكر من وجهٍ؛ لأن الآجر يدعي نفيه العمل والعامل منكر والعامل يدعي بيع العمل والمعمول له منكر فكل واحد ادعى عقدًا أنكره صاحبه فبدأ تثمين المستأجر؛ لأنه منكر لوجوب الأجرة وإن اختلفا بعد الفراغ من العمل بالقول لرب الثوب؛ لأن التحالف لا يفيد؛ لأنه لا قيمة للقصارة من غير عقد فكان بمنزلة الحمال والمكاري إذا اختلفا بعد العمل فالقول للمعمول له، فإن تصادقا على أنه دفع إليه ولم يسم الأجرة لم يذكره في الكتاب.

وذكر أبو الليث في العيون قال: عند أبي حنيفة يكون متبرعًا، وعند أبي يوسف لا أجر له إلا أن يدفع إلى حليفه، وقال محمد: إن اتخذ دكانًا وانتصب لعمل القصارة، فإنه يجب الأجرة وإلا فلا، والفتوى على قول محمد؛ لأنه لما انتصب لهذا العمل كان عمله بأجر عرفًا والمعروف كالمشروط قال رب الثوب: صنعت بلا أجر، وقال الصباغ: بدرهم، يستحلف كل واحد على دعوى صاحبه ويضمن رب الثوب ما زاد الصبغ فيه لا يجاوز به درهمًا؛ لأن رب الثوب يبقي ضمان الأجرة ويدعي العمل متبرعًا والآخر على خلافه فيتحالفان، وإذا تحالفا بطلت الإجارة فبقي الصبغ له في ماله وقد تصادقا أنه صبغه بإذنه فيلزمه قيمته.

وإن اختلفا في قدر الأجرة ولم يأخذ في الأجرة بعد تحالفا وترادًا كما في بيع العين لو اختلفا في مقدار الثمن ولو كان فرغ من العمل فالقول لرب الثوب عندهما كما لو اختلفا بعد هلاك العين، واختلف المشايخ على قول محمد قيل: يتحالفان على

قدر العمل وهو أجر المثل، وقيل: لا يتحالفان وهو الأظهر؛ لأن فائدة التحالف الفسخ والتراد وقد تعذر الفسخ بعد الفراغ من العمل؛ لأن العمل يبقى بغير عقد والعمل لا يتقوم بغير عقد كما لو اختلفا بعد هلاك العين.

وإن اختلفا في نوع الأجرة فهو على ثلاثة أوجه: إما أن اتفقا في المكان واختلفا في الأجرة، أو اختلفا في المكان واتفقا على الأجرة، أو اختلفا فيهما.

فإن اتفقا في المكان واختلفا في نوع الأجرة بأن ادعى أحدهما دراهم والآخر دنانير فإنهما يتحالفان، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر؛ لأن الأجرة تثبت حقًّا له فكانت بينته أولى بالقبول، فإن اختلفا في نوع العقد بأن ادعى أحدهما إجارة والآخر إعارة فالقول لمدعي العارية؛ لأن الآخر يدعي عليه أجرًا وهو ينكر، وإذا قال رب الثوب: صبغته بدانقين، وقال الصباغ: بل بدرهم إن أزاد الصبغ درهمًا فصاعدًا فله درهم مع يمينه أنه ما صبغ بدانقين، فإن أراد أقل من دانقين أعطاه دانقين مع يمين صاحب الثوب ما صبغ إلا بدانقين، وإن زاد أكثر من دانقين وأقل من درهم يعطى ذلك مع يمين الصباغ ما صبغ بدانقين، ولو كان هذا مع القصار والقول لرب الثوب والفرق وهو إن حال اختلافهما في مقدار الأجر أمكن بحكم ما زاد الصبغ فيه؛ لأن لإيصال الصبغ بالثوب موجبًا معلومًا على صاحب الثوب وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في التسمية كأنهما تصادقا على ذلك وليس لاتصال القصارة بثوبه موجب معلوم لو حصل بغير عقد؛ لأنه مجرد عمل ومجرد العمل لا يتقوم من غير عقد فلم يكن أن يجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في المقدار المسمى حتى يجعل كأنهما اتفقا عليه فوجب اعتبار اختلافهما في المسمى وقد تعذر فسخ العقد فيجعل القول قول المنكر للزيادة.

وإن كان الصبغ أسود فالقول لرب الثوب عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن عنده السواد نقصان فصار صبغة كَلا صبغٍ فليس في الثوب زيادة عين وعندهما السواد زيادة بمنزلة الحمرة.

فإن اختلفا في المكان واتفقا على الأجرة ولم يركب تحالفا وترادا لأنهما اختلفا

في الأجرة حال ما يحتمل العقد الفسخ فيقيد التحالف والبينة للمستأجر؛ لأن بينة الأجرة قامت على إثبات ما هو غير ثابت وهو الإجارة إلى بغداد بعشرة فكانت أولى كما إذا ادعى البائع أنه باع منه هذا العبد بألف وأقام المشتري البينة أنه اشترى منه هذا العبد وهذه الجارية بألف فبينته أولى.

وإن اختلفا في المكان وفي جنس الأجرة فأقام المستأجر بينة على تكاري دابة إلى بغداد بدينار وأقام الآخر البينة على الأكثر إلى صراة بعشرين درهمًا وقد ركبها إلى بغداد والصراة على النصف يقضي بعشرين درهمًا ونصف دينار؛ لأن البينتين تقابلتا في الإجارة إلى الصراة بالأجرة ورب الدابة هو المستحق للأجرة فيحكم ببينته؛ لأنه يثبت حقًّا لنفسه والأجر يثبت حقًّا لغيره ما شاء فيما وراء الصراة فلا تعارض بين البينتين والمستأجر أثبت عقدًا يدعيه من الصراة إلى بغداد للحكم به.

دفع ليصبغ بقفيز عصفر فقال صبغته بقفيز وقال رب الثوب: بربع قفيز برئ أهل الصنعة؛ لأنه يمكن معرفته بقول غيرهما، فإن قالوا مثل هذا الصبغ قد يكون بربع قفيز فالقول لرب الثوب؛ لأن الظاهر معه وإن قالوا لا يكون إلا بالقفيز فالقول للصباغ؛ لأن الظاهر معه والبينة للصباغ لأنها تثبت الزيادة.

قال المستأجر: اكتريت إلى القادسية بدرهم، وقال الآجر: إلى موضع آخر وقد ركبها إلى القادسية فلا كراء عليه؛ لأنه خالف؛ لأن الإذن يستفاد من جهة الآجر وقد أنكر الإذن فيما وراء الموضع الذي يدعيه فحصل ركوبه بغير عقد وإذن.

تكارى دابة يومًا فأراه الدابة وقال اركب فلما مضى اليوم تنازعا في الكراء أو الركوب إن دفعت إليه يجب الأجر وإلا فلا إلا إذا أقام البينة أنه ركب؛ لأنه إذا لم يدفع لم يحصل التسليم والأجرة لا تستحق إلا بالتسليم، وإذا دفع ولم يركب فالنقيضين من جهته والتسليم قد حصل فيستحق الأجرة.

أجر ودفع المفتاح إليه فلما انقضت المدة قال: ما قدرت على الفتح، وقال رب الدار: سكنت، فالقول والبينة لربها، أما القول؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأنه لما كان

المفتاح بيده فالظاهر أنه يقدر على فتحه إلا إذا كان مفتاحًا لا يلائم هذا الغلق ولا يمكن فتح الباب به فالقول للمستأجر.

وأما البينة فلأنها أكثر أمانًا وهو تتمة الإجارة، وما كان متصلًا بالدار فالقول للمؤاجر أنه ملكه وما كان منفصلًا فالقول للمستأجر؛ لأن في المنفصل الظاهر شاهدًا للمستأجر؛ لأنه في يده بخلاف المتصل؛ لأنه تبع للبناء والأرض فيكون لمن له الأصل.

في الدار كوارات أو حمامات فللمستأجر؛ لأنه في يده.

سقط أحد مصراعي الباب فادعياه فالقول لرب الدار والبينة للمستأجر؛ لأنه عرف كونه في يد رب البيت لأن المغلق في يد رب البيت وهذا أخوه وكذا كل ساقط يعرف بعلامة أنه من الدار.

ولو استأجر أرضًا ليطبخ فيها الآجر جاز، فإن اختلفا في الأتون من بناه فالقول للمستأجر؛ لأن الظاهر أن المستأجر هو الذي بناه لحاجته إليه.

ولو اختلفا في التنور في الدار فالقول للآجر؛ لأنه مركب بالدار وما عرف أن المستأجر هو الذي أخذ به قالوا وهذا بناء على عرف أهل الكوفة، فأما في عرف بلادنا فالمستأجر هو الذي يحدث التنور كما في الأتون، أقر رب الدار أن المستأجر خصصهما أو ركّب فيها بابًا فللمستأجر قلعه ما لم يضر بالدار؛ لأنه عين ماله، فإن كان يضر فعلى ربها قيمته يوم الخصومة كما لو كان غاصبًا إلا أنه يتملك وقت الخصومة فتعتبر قيمته يومئذ. وذكر في المزارعة الصغيرة إن كان الثوب مخيطًا، فقال رب الثوب: ما خطته وقال الخياط: أنا خطته ينظر: إن كان في يد الخياط فالقول قوله مع يمينه، وعلى رب الثوب الأجرة، وإن كان في يد رب الثوب فالقول قوله مع يمينه ولا أجر عليه، فإن كان في أيديهما فالقول قول الخياط مع يمينه وعلى رب الثوب الأجرة، وإن كان في دار رب الثوب فالقول فيه قول رب الثوب؛ لأن القول لذي اليد في أصل الثوب فكذا في صفته، ومتى كان في أيديهما فللخياط يد حقيقية ولرب الثوب يد حكمًا واليد الحقيقية فوق اليد الحكمية، وكذا إن كان في دار رب الثوب فيده حكمية وللخياط يد حكمية. أجره داره وخلا بينه وبينها

وفيها ساكن، فلما مضت المدة قال: منعني الساكن من السكنى والساكن مقر أو جاحد، فإن كان الساكن فيها فلا أجر على المستأجر، وإن كان المستأجر فيها فعليه الأجر؛ لأن كل الأجر إنما يستحق بدوام التسليم وبقائه إلى آخر المدة، فإن كان المستأجر فيها فالتسليم للحال ثابت والمانع معدوم فيدل على دوامه واستمراره، وإن لم يكن المستأجر فيها فالتسليم غير ثابت والمانع موجود فيدل على زواله.

(المنتقى): عن أبي يوسف فيمن استأجر دارًا سنة وادعى المستأجر أنه استأجر أحد عشر شهرًا بدرهم وشهرًا بتسعة وأقام البينة وأقام رب الدار البينة أنه أجرها إياه بعشرة يوجد بينة رب الدار؛ لأنه يدعي فضل أجره في أحد عشر شهرًا، فأما الشهر الأخير فقد أقر المستأجر بفضل الأجرة، فإن صدقه على ذلك أحد وإلا سقط. رجل أقام بينة أنه أجر بيته هذا بتسعة دراهم ثلاثة أشهر كل شهر بثلاثة دراهم وأقام الآخر بينة أنه أجر بيتًا أجره ستة أشهر كل شهر بدرهم فعليه لثلاثة أشهر تسعة دراهم وثلاثة أشهر بثلاثة دراهم وقبلنا بينة الآجر في زيادة الأجرة بثلاثة دراهم وجعلنا التسعة بإزاء ثلاثة أشهر؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقدًا غير ما يدعيه صاحبه وأثبته بالبينة. رجل استأجر عبدًا يخيط معه مشاهرة كل شهر بأجر مسمى فجحد الخياط الإجارة وادعى العبد أنه عبده وأقام رب العبد البينة على الإجارة وادعاها، واختلفا إلى القاضي في ذلك شهرًا ثم زكّى الشهود وقد استعمله قبل الجحود وبعده فعليه أجر جميع ذلك؛ لأن رب العبد قد أبرأه من ضمان القيمة، وادعى عليه ضمان الإجارة، ولو عطب العبد في حال الجحود في الخياطة فلا شيء على المستأجر إنما على الآجر، وكذلك لو قال المستأجر هو عبده ولكن غصبته، والمسألة بحالها قال أبو حنيفة: إذا قال القصار قد رددت فالقول له، مع يمينه ولا أجر له؛ لأنه أمين ادعى رد الأمانة فالقول له وروى هشام عن محمد إذا قال رددت عليك الثوب لا يصدق إلا ببينة، وكذلك الراعي المشترك إذا قال قد مات منها لا يصدق؛ لأن عنده الأجير المشترك يضمن إذا تلف في يده فلا يكون القول في الرد. قوله قال محمد: لو أعطاه القصار ثوبًا وقال هو ثوبك وقال رب الثوب ليس هو ثوبي فأخذه رب الثوب لا يسعه لبسه ولا بيعه إلا أن يقول للقصار: قد أخذته من

ثوبي فيقول القصار نعم. قال أبو يوسف رجل في يده دار أقام رجلان كل واحد منهما بينة أنها داره أجرها منه هذا الشهر بعينه بعشرة دراهم والذي في يده الدار منكر لدعواهما، فالدار بين المدعيين نصفان ولكل واحد منهما خمسة دراهم استحسانًا والقياس أن يكون لكل واحد منهما عشرة دراهم؛ لأن كل واحد منهما أثبت بينة عقدًا على حده، وجه الاستحسان: أن البينتين لما تعارضتا تعذر العمل بهما في أسباب الملك في كل الدار فعملنا بكل واحدة في إثبات الملك في النصف فاستحق كل واحد نصف الأجر.

قال أبو يوسف: رجل دفع إلى حذاء نعلًا ليخصفها، فقال الحذاء: أمرتني بدرهمين، وقال الآخر: أمرتك بدرهم، ينظر إن كان يستطيع أن ينزعها بغير ضرر فالقول قول الحذاء وينزعها، وإن كان لا يستطيع أن ينزعها إلا بضرر فله أجر مثل ما زاد فيه.

ولو دفع إلى نداف قباء يندف عليه قطنًا فأمره أن يزيد من عنده ما رأى فجاءه وقد ندف عليه عشرين أستارًا، فقال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشر أستارًا وأمرتك أن تزيد عليه فلم تزد إلا خمسه، وقال النداف: دفعت إلي عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة وقد زدت فالقول قول النداف، وعلى صاحب القباء أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطن؛ لأن صاحب القباء مقر أنه لم يخالف لكنه لم يدع أنه دفع إليه خمسة عشر أستارًا فكان القول قول النداف في مقدارها قبض فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب.

ولو قال صاحب القباء: دفعت إليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد خمسة وقال النداف: دفعت إلي عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة فزدت، فصاحب الثوب بالخيار إن شاء صدقه ودفع إليه عشرة أساتير، وإن شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير وكان القول للنداف؛ لأن صاحب الثوب يدعي الخلاف فيما أمره به فكان القول قوله فيما أمره به والقول قول النداف في مقدار ما قبض.

(النوادر): ولو دفع إلى خياط ثوبًا ليقطعه قباء ودفع إليه البطانة والقطن فجاءه فقال رب الثوب: ليست بطانتي فالقول قول الخائط مع يمينه إليه أنها بطانته؛ لأن

البطانة أمانة في يده ويسع لرب الثوب أن يأخذ البطانة ويلبسها؛ لأنها إن كانت بطانته حل له لبسها وإن كانت غيرها فقد دفع إليه الخياط بدل بطانته فحل له اللبس.

ولو أعطى حمالًا متاعًا ليحمله من موضع إلى موضع ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي وقال الحمال: هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه؛ لأنه أمين ولا يكون على الآمر أجر إلا أن يصدقه ويأخذه؛ لأنه يعترف باستيفاء المنافع، وكذلك لو حمله طعامًا فقال الحمال هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام: كان طعامي أجود من هذا، فإنه يحسن أن يكون القول قول رب الطعام ويبطل الآخر ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الأجر.

وإن كانا نوعين مختلفين بأن جاء به شعيرًا وقال رب الطعام: كان طعامي حنطة لم يجب له الأجر حتى يصدّقه؛ لأنه إذا اتحد الجنس فرب الطعام ملك أن يأخذه عوضًا من طعامه؛ لأن الحمال قد بدل ملكه، فإذا حصل له العوض سلمت له المنفعة، فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر إلا بالتراضي فما لم يصدقه لم يستحق الأجر.

ولو دفع غزلًا إلى حائك وأمره أن يزيد من عنده رطلًا فقال قد زدت وقال رب الثوب: لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه على علمه؛ لأن الصانع يدعي عليه الضمان وهو منكر ويحلف على العلم؛ لأنه يحلف على فعل الغير.

ولو وزن الثوب فكان زائدًا على ما دفعه إليه زيادة يعلم أن الدقيق لا يزيد فيه مثل ذلك فالقول قول الصانع مع يمينه؛ لأن رب الثوب يدعي خلاف الظاهر، وإن كان الثوب مستهلكًا لا يدري فالقول قول رب الثوب، لما بينا. إذا أمره أن ينزع ضرسًا له بأجر فنزع فقال الآمر أمرتك بغير هذا فالقول للآمر مع يمينه عند أبي حنيفة، وكذا لو أمره أن يقطع شيئًا من جسده أوسط فرجة؛ لأن الأمر يستفاد من قبله فكان القول قوله.

وقال محمد في رجل أمر إنسانًا أن ينقش في فضة اسمه فغلط فنقش اسم غيره فله أن يضمنه الخاتم؛ لأنه فوت غرضه من الخاتم وهو الختم فصار كالمستهلك.

ولو أمر رجلًا أن يحفر له بيتًا فحفره قال محمد: يعطيه ما زاد الحفر فيه؛ لأن ما استأجر عليه لم يوجد فلا يستحق الأجر وقد عمل ما لم يستأجر فكان له قيمة ما زاد في البيت، وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قباء وقال الخياط: أمرتني أن أقطعه قميصًا فالقول قول رب الثوب والخياط ضامن؛ لأن الإذن يستفاد من قبله.

ولو أنكر الإذن أصلًا كان القول قوله، فإذا أنكر الإذن إلا بصفة يكون القول قوله في الصفة؛ لأنه ما أقر بالإذن إلا على ذلك الوصف، وإن شاء ربّ الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله؛ لأنه امتثل الأمر في الأصل فيما أمره به وهو القطع والخياطة وخالفه في الوصف فقد وجد أصل المعقود عليه مع العيب فكان لصاحب الثوب الرضا به.

وكذلك لو قطعه سراويل بدليل أنه روي عن محمد أنه لو دفع سهمًا إلى رجل ليضرب له طشتًا فضربه كوزًا، فإن شاء ضمنه مثل سهمه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله فيما عمل فيجب أن يكون في السراويل كذلك، وإنما أوجبنا أجر المثل؛ لأن المستعمل لم يرض بالمسمى إلا على صفة مخصوصة، فإذا لم يسلم له على ذلك الوصف وجب أجر المثل.

(باب الاستصناع[1])

الاستصناع غير جائز قياسًا لجهالة المعقود عليه بل لعدمه، ويجوز استحسانًا

---

(١) الاسْتِصْنَاعُ فِي اللُّغَةِ: مَصْدَرُ اسْتَصْنَعَ الشَّيْءَ: أَيْ دَعَا إِلَى صُنْعِهِ، وَيُقَال: اصْطَنَعَ فُلَانٌ بَابًا: إِذَا سَأَل رَجُلًا أَنْ يَصْنَعَ لَهُ بَابًا، كَمَا يُقَال: اكْتَتَبَ أَيْ أَمَرَ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ.
وَفِي الاصْطِلَاحِ هُوَ عَلَى مَا عَرَّفَهُ بَعْضُ الْحَنَفِيَّةِ: عَقْدٌ عَلَى مَبِيعٍ فِي الذِّمَّةِ شُرِطَ فِيهِ الْعَمَل.
فَإِذَا قَال شَخْصٌ لآخَرَ مِنْ أَهْل الصَّنَائِعِ: اصْنَعْ لِي الشَّيْءَ الْفُلَانِيَّ بِكَذَا دِرْهَمًا، وَقَبِل الصَّانِعُ ذَلِكَ، انْعَقَدَ اسْتِصْنَاعًا عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ، وَكَذَلِكَ الْحَنَابِلَةُ، حَيْثُ يُسْتَفَادُ مِنْ كَلَامِهِمْ أَنَّ الاسْتِصْنَاعَ: بَيْعُ سِلْعَةٍ لَيْسَتْ عِنْدَهُ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ السَّلَمِ، فَيُرْجَعُ فِي هَذَا كُلِّهِ عِنْدَهُمْ إِلَى الْبَيْعِ وَشُرُوطِهِ عِنْدَ الْكَلَامِ عَنِ الْبَيْعِ بِالصَّنْعَةِ.
=

لتعامل الناس وتعارفهم في سائر الأعصار من غير نكير، وذلك دليل فوق القياس، فإن في النزع عن العرف والعادة حرج، والحرج مدفوع شرعًا.

ثم هو بيع عند عامة مشايخنا لا مواعدة؛ لأنه سماه في الكتاب بيعًا، وأثبت فيه خيار الرؤية، وذلك يليق بالبياعات.

والاستصناع يجوز فيما جرت العادة به كالقلنسوة والخف والآنية إذا بيّن الوصف على وجه يحصل به التعريف؛ لأن التعامل جرى في ذلك ولم يجز في الثياب بأن أمر حائكًا ليحوك له ثوبًا بغزل من عند نفسه ونحو ذلك لا يجوز؛ لأنه لا تعامل فيه، والقياس برده، والعقد فيه ليس بلازم، ولكل واحد منهما أن يمتنع منه؛ لأن الجواز لمكان الحاجة، وهي تندفع بإثبات أصل الجواز فبقي اللزوم على أصل القياس، وفيه خيار الرؤية عندهما وليس للصانع خيار.

وقال أبو يوسف: لا خيار لواحد منهما؛ لأن الصانع أفسد متاعه وقطع جلده، فإذا أتى على الصفة المشروطة لو كان للمستصنع الامتناع يؤدي إلى الإضرار به، وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل؛ لأنه لا يدري أن العمل هل يقع على الصفة المشروطة فجاز للمستصنع الفسخ.

لهما: أنه اشترى شيئًا لم يره؛ لأن المعقود عليه وإن كان معدومًا ألحق بالموجود تقديرًا ليمكن القول بجواز العقد فيصير مشتريًا ما لم يره فيثبت له الخيار بالنص. وليس للصانع بيعه ومنعه إذا رآه المستصنع ورضيه، وإن باعه قبل أن يراه

=

أَمَّا الْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ: فَقَدْ أَلْحَقُوهُ بِالسَّلَمِ، فَيُؤْخَذُ تَعْرِيفُهُ وَأَحْكَامُهُ مِنَ السَّلَمِ، عِنْدَ الْكَلَامِ عَنِ السَّلَفِ فِي الشَّيْءِ الْمُسْلَّمِ لِلْغَيْرِ مِنَ الصِّنَاعَاتِ.

انظر: البدائع للكاساني ٢٦٧٧/٦ ط. الإمام، والمبسوط للسرخسي ١٣٨/١٢ ط. السعادة، وتحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ ط. أولى جامعة دمشق، ومجلة الأحكام العدلية - المادة ٣٨٨، وكشاف القناع ١٣٢/٣ ط. أنصار السنة المحمدية، والإنصاف ٣٥٠/٤ ط. أنصار السنة المحمدية، والفروع ٤٥٨/٢ ط. المنار، والحطاب ٥١٤/٤، ٥٣٩ ط. النجاح، والمدونة ١٨/٩ ط. السعادة والمقدمات ١٩٣/٢ ط. السعادة، والشرح الصغير ٢٨٧/٣ ط. دار المعارف، والأم ١٣١/٣ وما بعدها ط. دار المعرفة، وروضة الطالبين ٢٦/٤ وما بعدها ط. المكتب الإسلامي، والمهذب ٢٩٧/١ - ٢٩٨ ط. عيسى الحلبي.

جاز؛ لأن العقد ليس بلازم، فإذا رآه ورضيه لزم العقد فيه بإسقاط الخيار، فإن ضرب للاستصناع أجلًا صار سلمًا عند أبي حنيفة، لا يجوز إلا بشرائط السلم ولا يثبت فيه الخيار، وعندهما يبقى استصناعًا؛ لأن المستصنع فيه عين، والعين لا تقبل الأجل، وإنما يذكر المدة فيه للتعجيل أو التأجيل، فإنه يلائم الاستصناع فلم يتغير به.

له: أن هذا المسمى بهذا الوصف الذي وصفه يجوز أن يكون عينًا معدومة، ويحتمل أن يكون دينًا في الذمة فجعلناه مبيعًا دينًا في الذمة؛ لأنه مشروع بالكتاب والسنة، فصار أقرب إلى الجواز وأحق بالرخصة؛ لأنه لازم بالإجماع، وذكر الأجل نص على كونه ميعادًا ينافي الذمة فصار العمل بالتنصيص أولى.

ولو دفع حديدًا ليعمل له إناء منه فلا خيار له؛ لأنه استئجار ليعمل له عملًا في ملكه وليس باستصناع، فإن أفسده يضمنه جديدًا، وما لا مثل له يضمن قيمته؛ لأنه لم يعمل ما أمر به فصار كما لو أخذ ابتداء.

دفع إليه غزلًا لينسج له ثوبًا سبعة في أربعة، إن جاء بأصغر أو أكبر فله أن يرده ويأخذ غزله، وإن أخذه أعطاه الأجر، وإن خالفه إلى نقصان أعطاه من الأجر بحسابه؛ لأنه إذا نسجه أكثر فقد زاد في قدر الذرعان لكنه أخل بالوصف، وإذا نسجه أصغر فقد نقص عن الذرعان وباختلال الصفة تفوت بعض المصالح فيكون عيبًا فاحشًا فيخير.

وكذلك لو شرط عليه رقيقًا فحاكه صفيقًا، أو شرط صفيقًا فحاكه رقيقًا؛ لأنه خالف في الوصف المرغوب ثم يعطيه أجر المثل.

في رواية: لا يجاوز به المسمى في الزيادة وفي النقصان مقدرًا بحصته من المسمى؛ لأنه لم يأت ببعض العمل فسقط حصة ما لم يعمل، وذلك لأن العقد قائم من وجه فائت من وجه باعتبار النقصان؛ لأنه قوي العرض بالاختلال في أصل الثوب، إلا أنه ما أخل بأصله فيحكم بالفساد كما لو هلك أحد العرضين في بيع المقايضة.

وفي رواية: يعطيه المسمى متى أخذه معيبًا، وإن أخذه ولم يرض بالعيب يعطيه

أجر المثل لا يجاوز المسمى؛ لأن العقد قائم من كل وجه؛ لأن المعقود عليه العمل وأصل العمل حصل بإذن صاحب الغزل إلا أن فيه عيب فكان المعقود عليه معيبًا وذلك لا يفسد العقد كما في البيع.

ورُوي عن محمد: لو أوفاه الوصف والذرع وزاد فيه، له الخيار إن شاء ضمنه، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى ولا شيء للذرع الزائد؛ لأنه إذا زاد في الطول فقد استكثر الغزل زائدًا على ما أمره، وربما تكون له حاجة إليه فيكون له الخيار والزيادة حصلت بغير عقد فلا يجب بإزائها أجر.

دفع خفه لينعله فنعله على وجه لا ينعل بمثله في الخفاف، أو رديًا، وقد شرط جيدًا، فإن شاء ضمنه خفه بغير نعل ولا أجر له، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وما زاد النعل فيه، وهو أن ينظر إلى قيمة الخف مخرزًا غير منعل ومبطن وإلى قيمته منعلًا مبطنًا، فإن كانت قيمته غير منعل عشرة وقيمته منعًلا اثني عشر عُلم أن قيمة ما زاد فيه درهمان؛ لأنه أتى بأصل العمل لكنه معيب فلم يوف العمل على الوجه المأذون فكان مخالفًا في الوصف موافقًا للأصل، فإن شاء مال إلى الخلاف وضمنه خفه، وإن شاء مال إلى الوفاق وأخذ خفه ويعطيه أجر مثل عمله وما زاد النعل فيه؛ لأنه اتصل بخفه عمل وعين مالًا، وفي مثل هذا يجب قيمة ما زاد كما في الصبغ.

ولو دفع غزلًا لينسجه ويزيد من غزله مسمى على أن يعطيه غزلًا مثل غزله أو يعطيه من الغزل دراهم والأجرة دراهم مسماة لا يجوز قياسًا؛ لأنه شرط قرضًا أو بيعًا في إجارة وذلك يوجب فسادها، ويجوز استحسانًا للتعامل، فإن الإنسان قد يدفع غزلًا إلى حائك ويأمره بنسج ثوب مقدر ويعلم أنه لا يكفي الغزل المأمور به فيشترط زيادة غزل من عند الحائك على سبيل القرض أو الشراء ليتم به الثوب فهذا شرط متعامل به فيما بين الناس من غير نكير، كما لو اشترى نعلًا على أن يشركه البائع أو يحذوه جاز الشراء؛ لأنه شرط متعارف فيه.

وكذلك لو قال: زد رطلًا من غزلك مثل غزلي، وسكت جاز، ويحمل على القرض لأنه يحتمل الهبة والقرض والقرض أدناهما؛ لأنه تمليك ببدل وأنه متيقن فكان إثباته أولى، فإن جاء به فاختلفا فقال رب الثوب: ما زدت، فوزن فإذا فيه

الزيادة، فقال: الزيادة من الدقيق، وقال النساج: هي من الغزل، فإن كان مثل تلك الزيادة تكون من الدقيق فالقول لرب الثوب، وإن لم يكن فللنساج؛ لأنه لما قال أهل الصناعة: إن الدقيق يزيد هذا القدر فالظاهر شاهد لرب الثوب، وإن قالوا: الدقيق لا يزيد هذا القدر صار الظاهر شاهدًا للحائك.

دفع ظهارة ثوب وقال: بطنه واحشه من عندك بشيء معلوم يجوز قياسًا كما لو استصنع خفًّا أو قلنسوة، ولا يجوز استحسانًا؛ لأنه بائع ما ليس عنده ولا تعامل في الخياطة فلا يجوز، وفي الخف والقلنسوة تعامل فجاز.

ولو دفع سمسمًا وقال: اقشره وزنه ببنفسج ولك درهم، كان فاسدًا؛ لأن البنفسج مجهول قدره؛ لأنه قد يقل وقد يكثر فيكون العمل مجهولًا، فإن كان قدر البنفسج معلومًا عند التجار جاز؛ لأن المعروف كالمشروط، بخلاف كما لو دفع ثوبًا إلى الصباغ ليصبغه بعصفره جاز وإن لم يبين قدر العصفر؛ لأن قدر ما يصبغ به مثل هذا الثوب معروف فيما بين الصباغين بحيث لو زادوا على ذلك المقدار فسد الثوب والمعروف كالمشروط، وإذا اختلفا فيما أمره أن يصبغه به فالقول لرب الثوب مع يمينه؛ لأنه لو أنكر الإذن أصلًا كان القول قوله، فكذا إذا أنكر وصفه، وإذا أنكر وصف المستصنع وقال: ما أمرتك بمثل هذا، لا يحلف؛ لأن الاستحلاف لا يفيد؛ لأنه لو يدعي عليه معنى لو أقر به لا يلزمه، بل له الامتناع عن الأخذ، فإذا أنكر لا يستحلف عليه، والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

فهرس المحتويات

كتاب الصيد ٣

باب صيد الجوارح المعلمة ٤

باب معرفة الإرسال........................ ١٠

باب ما يعترض على الإرسال فيفسده........................ ١٦

باب رمي الصيد........................ ٢٠

فصل ٢٠

فصل ٢٣

باب التردّي........................ ٢٦

باب صيد البحر ٢٧

باب ما يحل من صيد البرّ وما لا يحل........................ ٣٠

باب الاصطياد في الحرم........................ ٣٤

كتاب الذبائح ٣٨

باب صفة الذكاة........................ ٣٩

باب التسمية على الذبيحة ٤٩

باب معرفة أهلية الذكاة ٥١

كتاب الأضحية ٥٣

باب شري الشاه بنيّة الأضحية ٥٧

باب من لم يضح حتى مضت أيامها ٥٩

باب ما يجوز في الأضحية وما لا يجوز فيها ٦٠

فصل ٦١

باب الشركة في الأضحية........................ ٦٢

باب ذبح أضحية غيره بغير أمره ٦٥
باب ما يكره من الانتفاع بالأضحية وما لا يكره ٦٧

كتاب الشركة ٦٩

باب معرفة أنواع الشركات ٦٩
باب ما يصلح أن يكون رأس المال وما لا يصلح ٧٩
باب شركة المفاوضة ٨١
باب شركة العنان ٨٤
باب ما يجوز لأحد شريكي العنان أن يعمل في المال ٨٧
باب ما يجوز لأحد المتفاوضين أن يعمل في مال المفاوضين ٩٢
فصل ٩٥
فصل ١٠٣
باب الشركة في العمل والحمل ١٠٩
فصل ١١١
باب الخصومة والاختلاف بين الشريكين ١١٣
فصل ١١٦
باب عتق أحد المتفاوضين واختلافهما فيه ١١٩
باب من يشتري شيئًا فيشترك غيره فيه ١٢١
باب قبض أحد ربي الدين نصيبه منه ١٢٧

كتاب المضاربة ١٣٥

باب ما يجوز اشتراط الربح في المضاربة وما لا يجوز ١٤٠
باب اشتراط الربح لغيرهما ١٤٦
باب الشروط في المضاربة ١٥٠
باب دفع المال مضاربة على أن يعمل رب المال معه ١٥٢
باب دفع المضاربة إلى رجلين ١٥٦

باب ما يجوز للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وما لا يجوز ١٥٨
باب المضارب يدفع المال مضاربة ١٦٦
باب نفقة المضارب ١٦٩
باب الاستدانة على المضاربة ١٧٥
فصل ١٧٧
باب الاستدانة على إصلاح مال المضاربة ١٨٠
فصل ١٨٢
باب المرابحة في المضاربة ١٨٣
باب المرابحة بين رب المال والمضارب ١٨٥
باب المبايعة بين المضاربين ١٩٠
باب هلاك مال المضاربة قبل الشراء أو بعده ١٩٦
باب الشركة والخلط في مال المضاربة ٢٠٢
باب من يدفع بعضه مضاربة وبعضه لا ٢٠٥
باب جحود المضارب مال المضاربة ٢٠٩
باب إقرار المضارب في المرض أو مات وعليه دين ٢١١
فصل ٢١٢
باب قسمة المضاربة ٢١٥
باب الاختلاف في شرط الربح أو في قدر رأس المال والرّبح ٢١٧
فصل ٢١٨
فصل ٢٢٠
فصل ٢٢١
باب الاختلاف في عموم المضاربة وخصوصها ٢٢٦
باب الاختلاف في الشراء للمضاربة ٢٢٨
باب عتق المضارب وكتابته ٢٣١

فصل ٢٣٤
باب دعوة المضارب أو رب المال أمتهما جميعًا........ ٢٣٥
فصل ٢٣٨
باب جناية عبد المضاربة والجناية عليه خطأ........ ٢٤١
فصل ٢٤١
فصل ٢٤٣
باب مضاربة الحربي والمرتد........................ ٢٤٥
باب زكاة مال المضاربة............................ ٢٤٨

كتاب المزارعة ٢٤٩

باب اشتراط النصيب وبيانه في المزارعة والمعاملة ٢٥٥
فصل ٢٥٥
فصل ٢٥٦
باب اشتراط الخارج لغيرهما........................ ٢٥٩
فصل ٢٥٩
فصل ٢٦٠
فصل ٢٦٢
باب الأرض بين رجلين يدفع أحدهما إلى صاحبه مزارعة........ ٢٦٢
باب المزارعة التي لم يُبَيِّنَا فيها مَنْ عليه البَذْرُ ٢٦٧
باب المزارعة على شرطين ٢٧٠
باب الاستثناء في المزارعة ٢٧٥
باب الشروط المفسدة للمزارعة وما لا يفسدها ٢٧٦
فصل ٢٨١
باب المعاملة في النخل والشجر والكرم والرطب والثمار ٢٨١
فصل ٢٨٤

باب اشتراط العمل في المعاملة والمزارعة ٢٨٥
باب المزارعة شرطت فيها المعاملة ٢٨٨
باب الأرض بين رجلين يعملان فيها ٢٨٨
باب مزارعة العامل أو معاملته مع آخر ٢٩٢
فصل ٢٩٤
باب العذر في فسخ المزارعة والمعاملة ٢٩٦
فصل ٣٠٣
باب عمل صاحب الأرض والنخيل مع العامل بأمر العامل أو بغير أمره ٣٠٤
باب اختلافهما في المزارعة والمعاملة ٣٠٦
باب اختلاف ورثتهما بعد موتهما ٣٠٩
باب مزارعة الصبيّ والعبد ٣١٠
فصل ٣١١
باب مزارعة المرتد ومعاملته ٣١٣
فصل ٣١٤
باب مزارعة المريض ومعاملته ٣١٥
فصل ٣١٩
باب المزارعة في الرهن والكفالة في المزارعة ٣٢٠
فصل ٣٢١
باب النكاح والصلح والمكاتبة في المزارعة والمعاملة ٣٢٢
باب الزيادة والحط في المزارعة والمعاملة ٣٢٦
باب البيع والشفعة في المزارعة ٣٢٧
كتاب الشرب ٣٢٨
باب معرفة حكم المياه والأنهار والكلأ ٣٢٨
باب مقاسمة الماء ٣٣٢

باب أحكام الأنهار ٣٣٥
باب كري الأنهار وإصلاح مسنّاتها ٣٤٠
باب التصرف في الشرب والأنهار ٣٤٣
فصل ٣٤٥
باب الاختلاف في الشرب والنهر ٣٤٦
باب الشهادة في الشرب ٣٤٩
باب أحكام الأراضي ٣٥١
باب التلف بالسقي وإجراء الماء ونحوه ٣٥٧
كتاب الأشربة ٣٥٩
باب طبخ العصير والعنب ٣٦٤
باب الانتفاع بالأشربة المحرمة سوى الشرب ٣٦٧
كتاب الشفعة ٣٦٩
باب ما تستحق به الشفعة ٣٧٠
فصل ٣٧١
باب الشفعة في الأنهار والطرق والحيطان ٣٧٦
فصل ٣٧٨
باب من يستحق الشفعة ٣٧٩
باب فيما يثبت الشفعة ٣٨١
باب الشفعة في الأشجار والثمار والزروع مع الأرض ٣٨٥
باب بما يأخذ المبيع بالشفعة ٣٩٠
باب ما يثبت للشفيع بعد الأخذ ٣٩١
باب طلب الشفعة ٣٩٣
فصل ٣٩٣
فصل ٣٩٦

فصل ٣٩٩
باب العهدة في الشفعة ٤٠١
باب الشفيع يطلب الشفعة في البعض ٤٠٤
باب ما يحدثه الشفيع مما يبطل الشفعة وما لا يبطلها ٤٠٦
باب ما يكون تسليمًا للشفعة ٤٠٩
باب تسليم الشفعة على مال ٤١٢
باب الشفيع يخبر بالبيع على خلاف ما وقع فيسلم ٤١٣
فصل ٤١٥
باب الشفعة بين الشفعاء ٤١٦
باب الأخذ بالشفعة بعد القسمة ٤٢١
باب تصرّف المشتري في الدار المشفوعة ٤٢٢
باب الزيادة والحط في ثمن الدار المشفوعة ٤٢٥
باب ما للشفيع أن يأخذ الشفعة بالبيعين ٤٢٦
باب الشفعة تزاد فيها الشفعة ٤٢٨
باب اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن ٤٣٠
باب اختلافهما فيما وقع عليه البيع ٤٣٣
باب الاختلاف في صحّة البيع وفساده ٤٣٤
باب التناكر والتخاصم فيما يستحق به الشفعة ٤٣٦
باب الشهادة في تسليم الشفعة ٤٣٩
باب الوكالة في الشفعة ٤٤٠
باب الشفعة للصغير ٤٤٣
باب الشفعة في مال الشركة ومال المضاربة ٤٤٤
باب الشفعة في الصلح ٤٤٧
باب الشفعة في البيع في المرض ٤٥٠

باب الشفعة التي تكون بمنزلة الاستحقاق ٤٥١
باب شفعة المرتد والحربي ٤٥٤

كتاب القسمة ٤٥٦

باب ما يجوز قسمته وما لا يجوز ٤٥٧
باب كيفية القسمة وماهيتها وما يدخل فيها بالشرط وما لا يدخل ٤٦١
فصل ٤٦٥
باب قسمة المنقول ٤٦٦
باب حقوق القسمة ٤٦٨
باب القسمة على أن يزيد أحدهما شيئًا لصاحبه ٤٧٢
باب قسمة الدار الموروثة ٤٧٣
باب قسمة الدور التي فيها طريق لغير أهلها ٤٧٧
باب دعوى الغلط في القسمة ٤٧٩
باب قسمة الأب والوصي على الصغير ونحو ذلك ٤٨٢
باب قسمة الذمي والحربي ٤٨٣
باب الاستحقاق في القسمة ٤٨٤
باب ما يرجع فيه بقيمة البناء وما لا يرجع ٤٨٨
فصل ٤٩٠
باب المهايأة ٤٩١
فصل ٤٩٧

كتاب الإجارات ٤٩٩

باب ما يصلح أجرة في الإجارة ومتى يجب تسليمها ٥٠١
باب تصرف المؤاجر ٥٠٣
باب تسليم المستأجر ٥٠٦
باب انتقاض العمل في الإجارة ٥٠٨

باب إجارة العقار ٥١٠
إجارة الأعيان والأمتعة ٥١٢
فصل ٥١٣
باب الأوقات التي تقع عليها الإجارة ٥١٥
باب الإجارة على أحد الشرطين ٥١٨
باب الإجارة الفاسدة ٥٢٢
فصل ٥٢٢
فصل ٥٢٤
فصل ٥٢٥
فصل ٥٢٩
فصل ٥٣٠
باب الشروط المفسدة للإجارة ٥٣٢
باب الاستئجار على فعل هو طاعة أو معصية ٥٣٤
فصل ٥٣٧
باب استئجار الشريك ٥٣٩
باب إجارة الدواب ٥٤٠
فصل ٥٤٤
باب كري الدابة إلى مكة ٥٤٤
باب ما يصير به مخالفًا أو ضامنًا وما لا يصير ٥٤٧
باب ضمان الأجير المشترك وحكم الأجير الخاص ٥٥٤
فصل ٥٦١
إجارة الراعي ٥٦٢
باب إجارة الظئر ٥٦٦
إجارة الأب والوصي والمولى والعبد ونحوه ٥٧١

باب إجارة الرقيق ٥٧٣

باب ما يوجب فسخ الإجارة وما لا يوجب فسخها ٥٧٥

فصل ٥٧٧

باب العذر في فسخ الإجارة ٥٨٠

باب إجارة الحَمَّام ٥٨٥

باب الحقوق في الإجارة ٥٨٨

باب الإجارة لحفر القبور والآبار والقناة ونحوها ٥٩٠

باب اختلاف المؤاجر والمستأجر في الإجارة ٥٩٢

باب الاستصناع ٦٠١

فهرس المحتويات ٦٠٧